

Die Vorschriften über eigene Aktien  
und ihre Auswirkung auf eine wechselseitige  
Verflechtung von Aktiengesellschaften

von

DIETRICH VORAN

1960



Die Vorschriften über eigene Aktien  
und ihre Auswirkung auf  
eine wechselseitige Verflechtung  
von Aktiengesellschaften

Inaugural - Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Juristischen Fakultät  
der Ludwig-Maximilians-Universität  
zu München

vorgelegt von  
Dietrich Voran

1960



Referent: Professor Dr. Dr. Alfred Hueck

Correferent: Professor Dr. Hermann Krause

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Juli 1960

(Schlußberatung)

# Inhaltsverzeichnis

|                                                                                                                                         | Seite |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| A. Einleitung                                                                                                                           | 1     |
| I. Problemstellung                                                                                                                      | 1     |
| II. Geschichtlicher Überblick                                                                                                           | 2     |
| B. Der Erwerb eigener Aktien                                                                                                            | 6     |
| I. Geltungsbereich des § 65 AktG                                                                                                        | 6     |
| 1. Die Wirkungen eines Erwerbs eigener Aktien                                                                                           | 8     |
| a) Grundsätzliches Verbot                                                                                                               | 8     |
| b) Die dingliche Seite eines Erwerbs                                                                                                    | 12    |
| c) Die schuldrechtliche Seite                                                                                                           | 14    |
| d) Ansprüche der Parteien bei unzulässigem Erwerb                                                                                       | 15    |
| 2. Ausnahmen vom grundsätzlichen Erwerbsverbot                                                                                          | 22    |
| a) Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens und<br>zum Zwecke der Ausgabe von Belegschaftsaktien                                    | 22    |
| b) Unentgeltlicher Erwerb                                                                                                               | 25    |
| c) Erwerb in Ausführung einer Einkaufskommission                                                                                        | 25    |
| d) Erwerb zur Einziehung                                                                                                                | 27    |
| 3. Inpfandnahme eigener Aktien                                                                                                          | 27    |
| 4. Rechte der Gesellschaft aus eigenen Aktien                                                                                           | 29    |
| 5. Wirtschaftliche Behandlung eigener Aktien                                                                                            | 31    |
| II. Erwerb und Inpfandnahme von Aktien der herrschenden<br>Gesellschaft durch ein abhängiges Unternehmen                                | 32    |
| 1. Die Wirksamkeit eines Erwerbs                                                                                                        | 34    |
| 2. Rechte des abhängigen Unternehmens aus Aktien<br>der herrschenden Gesellschaft                                                       | 36    |
| III. Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft<br>durch einen Dritten für ihre Rechnung oder der<br>eines abhängigen Unternehmens | 37    |
| 1. Die Wirksamkeit eines Erwerbs                                                                                                        | 38    |
| 2. Die Kursgarantie                                                                                                                     | 40    |
| 3. Rechte des Dritten aus Aktien, die für Rechnung<br>der Gesellschaft oder eines abhängigen Unter-<br>nehmens erworben wurden          | 41    |
| IV. Zusammenfassung                                                                                                                     | 43    |

|                                                                                        | Seite |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| C. Das abhängige Unternehmen                                                           | 44    |
| I. Der Konzernbegriff                                                                  | 46    |
| II. Das abhängige Unternehmen als Konzernunternehmen                                   | 47    |
| III. Der Begriff des abhängigen Unternehmens                                           | 48    |
| 1. Grundlegendes                                                                       | 48    |
| 2. Die Arten der Beherrschung                                                          | 53    |
| a) Die Beteiligung                                                                     | 53    |
| aa) Die Organgesellschaft                                                              | 60    |
| b) Sonstige Beherrschungsarten                                                         | 63    |
| IV. Die wechselseitige Verflechtung von Unternehmen                                    | 67    |
| 1. Die wechselseitige Beteiligung                                                      | 67    |
| a) Begriffsbestimmung                                                                  | 67    |
| b) Die wirtschaftliche Bedeutung der wechselseitigen Beteiligung                       | 72    |
| c) Rechtliche Beurteilung                                                              | 76    |
| aa) Entspricht die Iduna-Entscheidung dem heutigen Recht?                              | 77    |
| bb) Ist die Ansicht des Reichsgerichts durch den Gesetzgeber sanktioniert worden?      | 81    |
| cc) Kompensieren sich die einseitigen Abhängigkeiten bei wechselseitiger Verflechtung? | 85    |
| dd) Konzernmäßige Verflechtung                                                         | 89    |
| ee) Dienen wechselseitige Beteiligungen legitimen Zwecken?                             | 91    |
| 2. Sonstige Arten wechselseitiger Verflechtung                                         | 99    |
| 3. Schlußfolgerung                                                                     | 102   |

Anhang: Übersicht über wechselseitige Beteiligungen in der deutschen Wirtschaft

## L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Adler                      Adler-Düring-Schmaltz, Rechnungslegung  
und Prüfung der Aktiengesellschaft, 3. Auf-  
lage, 1957, Stuttgart
- Amtliche Begründung zum Aktiengesetz, Reichs-  
anzeiger vom 4.2.1937
- Ballerstedt              Ballerstedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung  
bei Kapitalgesellschaften, 1949, Tübingen
- Baumbach-  
Lauterbach              Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung,  
25. Auflage, 1958, München - Berlin
- Bayerische Hypotheken- und Wechsel-Bank, Mün-  
chen, Wegweiser durch Deutsche Aktiengesell-  
schaften, 1958
- Boesebeck  
Referentenentwurf      Boesebeck, Regelung der wechselseitigen Betei-  
ligung im Referentenentwurf eines Aktienge-  
setzes in Betriebsberater 1959, 15 ff.
- Boesebeck  
Stimmrecht              Boesebeck, Stimmrecht bei wechselseitiger  
Verflechtung zweier Aktiengesellschaften  
in Der Betrieb 1955, 401 ff.
- Boesebeck  
Verflechtung              Boesebeck, Die wechselseitige Verflechtung  
von Aktiengesellschaften in ZfK 1956, 766 ff.
- Bühler                    Bühler, Steuerrecht der Gesellschaften und  
Konzerne, 3. Auflage, 1956, Berlin - Frankfurt
- Bundesverband der Deutschen Industrie - Bundes-  
verband des privaten Bankgewerbes - Bundesver-  
einigung der Deutschen Arbeitgeberverbände -  
Deutscher Industrie- und Handelstag - Gesamt-  
verband der Versicherungswirtschaft, Gemeinsame  
Denkschrift zum Referentenentwurf eines Aktien-  
gesetzes, 1959
- Bundesverband des privaten Bankgewerbes e.V.,  
Köln, Denkschrift zur Reform des Aktienrechts,  
1958
- Commerzbank AG., Frankfurt/Main, Wer gehört zu  
wem?, 4. Auflage, 1959
- Düringer-  
Hachenburg              Düringer-Hachenburg-Bing-Flechtheim, Das Handels-  
gesetzbuch, 3. Auflage, 1932, Mannheim - Berlin -  
Leipzig
- Enneccerus-  
Lehmann                  Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen  
Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auf-  
lage, 1958, Tübingen

|                                          |                                                                                                                                                    |
|------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Enneccerus-Nipperdey                     | Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Auflage, 1959, Tübingen; 2. Halbband, 14. Auflage, 1955, Tübingen |
| Fischer                                  | Fischer - Klug - Schmidt - Weipert - Meyer-Landrut, Aktiengesetz, Großkommentar, 1. Band, 1. Lieferung, 1957; Berlin                               |
| Fischer Aktienreform                     | Fischer C.E., Die Reform des Aktiengesetzes in AcP 154, 182 ff.                                                                                    |
| Fischer GmbH.-Rundschau                  | Fischer R., Zulässigkeit und Wirkung von Abstimmungsvereinbarungen in GmbH.-Rundschau 1953, 66 ff.                                                 |
| Fischer Rechtsschein                     | Fischer C.E., Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht in AcP 154, 81 ff.                                                                      |
| Fischer Überfremdung                     | Fischer C.E., Gebundene Namensaktien; Überfremdungsschutz für Versicherungsgesellschaften? in ZfK 1955, 556 ff.                                    |
| Friedländer                              | Friedländer, Konzernrecht, 2. Auflage, 1954, Berlin - Frankfurt                                                                                    |
| Gadow                                    | Gadow-Heinichen-E. Schmidt-W.Schmidt-Weipert, Aktiengesetz, Kommentar, 1939, Berlin                                                                |
| Godin                                    | v.Godin-Wilhelmi, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz), 2. Auflage, 1950, Berlin                 |
| Hauff                                    | Hauff, Konzerngestaltungen im Lichte des Steuerrechts, 1940, Berlin                                                                                |
| Haussmann Aktienwesen                    | Haussmann, Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht, 1928, Mannheim - Berlin - Leipzig                                                                  |
| Haussmann Konzentration                  | Haussmann, Die wirtschaftliche Konzentration an ihrer Schicksalswende, 1940, Basel                                                                 |
| Haussmann Tochtergesellschaft            | Haussmann, Die Tochtergesellschaft, 1923, Berlin                                                                                                   |
| Haussmann Unternehmens-Zusammenfassungen | Haussmann, Grundlegung des Rechts der Unternehmens-Zusammenfassungen, 1926, Mannheim - Berlin - Leipzig                                            |
| Hefermehl                                | Hefermehl, Ausübung des Stimmrechts bei wechselseitiger Verflechtung zweier Aktiengesellschaften in Der Betrieb 1955, 304 ff.                      |
| Heinen                                   | Heinen, Handelsbilanzen, 2 Bände, Wiesbaden                                                                                                        |
| Hermann-Heuer                            | Hermann-Heuer, Kommentar zur Einkommensteuer einschließlich Lohnsteuer und Körperschaftsteuer, 8. Auflage, Köln                                    |

|                        |                                                                                                                                                                                  |
|------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Huber                  | Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage, 1953, Tübingen                                                                                                                   |
| Hueck                  | Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, 10. Auflage, 1959, München - Berlin                                                                                                                |
|                        | Klausing, Die Reform des Aktienrechts, 1933, Berlin - Wien                                                                                                                       |
| Kropff                 | Kropff, Die wechselseitige Beteiligung nach dem Entwurf eines Aktiengesetzes in Der Betrieb 1959, 15 ff.                                                                         |
| Liefmann               | Liefmann, Kartelle, Konzerne, Trusts, 8. Auflage, 1930, Stuttgart                                                                                                                |
| Mestmäcker             | Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1958, Karlsruhe                                                                                                  |
| Münchener<br>Lektionen | "Münchener Lektionen" in ZfK 1955, 118                                                                                                                                           |
| Prölss                 | Prölss, Gebundene Namensaktien; Erwiderung in ZfK 1955, 558 ff.                                                                                                                  |
| Rasch<br>Gutachten     | Rasch, Gutachten für den 42. Deutschen Juristentag: Sind auf dem Gebiete des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher Art erforderlich?, 1957, Tübingen |
| Rasch<br>Konzernrecht  | Rasch, Deutsches Konzernrecht, 2. Auflage, 1955, Köln - Berlin                                                                                                                   |
|                        | Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, veröffentlicht durch das Bundesjustizministerium, 1958                                                                                   |
| Ritter                 | Ritter, Aktiengesetz, 1939, München - Berlin                                                                                                                                     |
| Rosenberg              | Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 7. Auflage, 1956, München - Berlin                                                                                          |
| Rosendorff             | Rosendorff, Die rechtliche Organisation der Konzerne, 1927, Berlin - Wien                                                                                                        |
| Ruth                   | Ruth, Eigene Aktien und Verwaltungsaktien in Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen, Heft 9, herausgegeben von Nußbaum, 1928, Berlin                                               |
| Schlegelberger         | Schlegelberger-Quassowski, Aktiengesetz, 3. Auflage, 1939, Berlin                                                                                                                |
| Schön                  | Schön, Geschichte und Wesen der eigenen Aktie, 1937, Würzburg                                                                                                                    |

|                          |                                                                                                                                                                                                                               |
|--------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Staub                    | Staub - W.Schmidt - H.Pinner - A.Pinner,<br>Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch,<br>Nachtrag zur 12. und 13. Auflage, 1932,<br>Berlin - Leipzig                                                                           |
| Staub-Pinner             | Staub-Koenige-Pinner-Bondi, Staub's Kommen-<br>tar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Auf-<br>lage, 1926, Berlin - Leipzig                                                                                                    |
| Stein-Jonas              | Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Kommentar zur<br>Zivilprozeßordnung, 18. Auflage, 1953,<br>Tübingen                                                                                                                                |
| Teichmann                | Teichmann-Köhler, Aktiengesetz, 3. Auflage,<br>1950, Heidelberg                                                                                                                                                               |
| Trumpler                 | Trumpler, Die Bilanz der Aktiengesellschaft,<br>1950, Basel                                                                                                                                                                   |
| Verhandlungen            | Würdinger, Referat vor dem 42. Deutschen<br>Juristentag: Sind auf dem Gebiete des Konzern-<br>rechts gesetzgeberische Maßnahmen gesell-<br>schaftsrechtlicher Art erforderlich? (mit<br>Diskussionsbeiträgen), 1959, Tübingen |
| Wolff                    | Wolff-Raiser, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,<br>Sachenrecht, 10. Auflage, 1957, Tübingen                                                                                                                                   |
| Würdinger<br>Aktienrecht | Würdinger, Aktienrecht, 1959, Karlsruhe                                                                                                                                                                                       |

Kleinere Aufsätze sind jeweils nach Verfasser, Zeitschrift (Jahr und Seite) zitiert; die hierbei verwendeten Abkürzungen sind die üblichen.

## A.

### Einleitung

## I.

### Problemstellung

Bis zum Entwurf eines neuen Aktiengesetzes, der im Jahre 1958 vom Bundesjustizministerium veröffentlicht wurde, sind nach dem 2. Weltkrieg die Stimmen nicht verstummt, die eine Neuregelung des deutschen Aktienrechts forderten.<sup>1)</sup> Das ist verständlich, da das Aktienrecht wie kaum ein anderes Rechtsgebiet einen bestimmenden Einfluß auf die wirtschaftlichen Faktoren ausübt, die die größte Zusammenballung wirtschaftlicher Macht repräsentieren. Gerade die Bestimmungen des bisherigen Aktienrechts, die sich mit der Konzentration von Unternehmen befassen, werden als veraltet und überholt bezeichnet und man verlangt eine Anpassung der gesetzlichen Normen an die wirtschaftlichen Tatbestände. So hat der 42. Deutsche Juristentag erörtert, ob auf dem Gebiete des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher Art erforderlich seien.

Dies gilt insbesondere für die Probleme, die im Zusammenhang mit dem jetzigen § 15 AktG aufgetaucht sind, der grundlegend den Begriff des Konzern- und des abhängigen Unternehmens festlegt. Als eine Erscheinungsform, deren rechtliche Subsumtion in letzter Zeit umkämpft ist, gehören wechselseitige Verflechtungen von Unternehmen hierzu. Mehrere Autoren und Verbände haben sich hier gegen eine gesetzliche Regelung dieses Problems ausgesprochen, da sie die Zeit noch nicht für reif halten, die wirtschaftliche Entwicklung in gesetzlich vorgezeichnete Bahnen zu lenken.<sup>2)</sup> Demgegenüber meinen andere Schriftsteller, mit einer Neuregelung des Gebiets solle nicht gewartet werden, bis sich Mißstände gezeigt hätten, sondern eine vorbeugende wache Kritik, verbunden mit einem Eingreifen des Gesetzgebers, würde auf

---

1) vgl. Fischer, Aktienreform S. 182 ff.;

2) Denkschrift zur Reform des Aktienrechts des Bundesverbandes des Privaten Bankgewerbes S. 49

Gemeinsame Denkschrift zum Referentenentwurf eines  
Aktiengesetzes S. 74  
Boesebeck, Stimmrecht S. 74

lange Zeit segensreiche Wirkungen entfalten.<sup>3)</sup>

Im folgenden sollen die Probleme, die mit der wechselseitigen Verflechtung von Unternehmen zusammenhängen, untersucht werden. Hierbei handelt es sich vor allem um die Frage der Abhängigkeit zweier Unternehmen voneinander, die, wenn sie gegeben ist, mannigfache Wirkungen auslöst. Die wichtigsten und für die betreffenden Unternehmen einschneidendsten sind die, die im Zusammenhang mit den eigenen Aktien geregelt sind. Daher werden, um die Auswirkungen solcher Abhängigkeit darzulegen, zuerst die gesetzlichen Vorschriften über den Erwerb eigener Aktien durch eine Aktiengesellschaft besprochen und anschließend die Formen der Abhängigkeit unter besonderer Berücksichtigung der wechselseitigen Verflechtung aufgezeigt werden.

## II. Geschichtlicher Überblick

Die Geschichte der einschlägigen Bestimmungen zeigt, daß Probleme, die der Erwerb von eigenen Aktien einer Gesellschaft aufwirft, heute in erster Linie nicht mehr bei der Behandlung der eigenen Aktien der Gesellschaft selbst zu suchen sind, sondern in den Gefahren, die sich aus dem Erwerb von Aktien einer Gesellschaft ergeben, der durch andere, rechtlich selbständige Unternehmen vorgenommen wird, die mit dieser Gesellschaft irgendwie verflochten sind. Dies hat sich in den verschiedenen Aktiengesetzen nacheinander niedergeschlagen, aber erst seit dem Jahre 1931 wurde auch die konzernrechtliche Bindung von Aktiengesellschaften gesetzlich berücksichtigt.

Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) aus dem Jahre 1861 hatte keine Regelung über den Erwerb eigener Aktien getroffen.<sup>4)</sup> Da aber der Aufkauf von eigenen Aktien "hin und wieder" hervorgetreten war und mit dem Wesen der Aktiengesellschaft nicht in Einklang gebracht werden konnte,

---

3) Rasch, Konzernrecht S. 116 Anm. 256; Fischer, Rechts-schein S. 81 (120); Kropff S. 15;

4) Düringer-Hachenburg Einl. II Anm. 67; Schön S. 2;

verbot die Novelle vom 11.7.1870 den Erwerb eigener Aktien schlechthin: "Die Aktiengesellschaft darf eigene Aktien nicht erwerben" (Art. 213 Abs. 3).<sup>5)</sup> Die Rechtsprechung faßte das Verbot dahin auf, daß ein solcher Erwerb nichtig sei,<sup>6)</sup> machte aber eine Ausnahme für den Fall des Ankaufs eigener Aktien zum Zwecke der Amortisation.<sup>7)</sup> Die Reformbestrebungen, die sich hiergegen wandten, vornehmlich mit der Begründung, die Aktien seien als eigener Vermögenswert anerkannt und die Aktiengesellschaft müsse so gut wie jeder Dritte eigene Aktien besitzen dürfen,<sup>8)</sup> fanden einen gesetzlichen Niederschlag in der Novelle zum ADHGB vom 18.7.1884 in Art. 215 d: "Die Aktiengesellschaft soll eigene Aktien im geschäftlichen Betrieb, sofern nicht eine Kommission zum Einkauf durchgeführt wird, weder erwerben noch zum Pfande nehmen. Sie darf eigene Interimsscheine im geschäftlichen Betrieb auch in Ausübung einer Einkaufskommission weder erwerben noch zum Pfand nehmen." Das HGB vom 10.5.1897 übernahm diese Vorschrift in seinem § 226, ersetzte aber den Begriff "geschäftlichen Betrieb" durch den Ausdruck "regelmäßigen Geschäftsbetrieb," das Wort "darf nicht" durch "kann nicht" und stellte den Interimsscheinen die nicht voll bezahlten Aktien gleich.<sup>9)</sup>

Unter der Geltung dieser Bestimmung entwickelte sich ein reger Handel mit eigenen Aktien. Der Kreis der außerhalb des "regelmäßigen Geschäftsbetriebs" liegenden Umstände wurde, den wirtschaftlichen Bedürfnissen und Anschauungen entsprechend, vornehmlich durch die Konzernbildung bedingt, immer weiter ausgedehnt. Die Rechtslehre erblickte anfangs in dem Erwerb eigener Aktien zur Kursstützung ein verbotenes Geschäft, stand jedoch im Gegensatz zu weiten Kreisen der Wirtschaft, die es als ihnen gestellte Aufgabe ansahen, die Kurse der Aktien ihrer Gesellschaft zu pflegen. Dieser Ansicht neigte später auch die Rechtslehre zu. In den

---

5) Düringer-Hachenburg a.a.O.; Schön S. 4;

6) ROHG 17, 381 (385); 22, 191 (193);

7) ROHG 18, 423 (425);

8) Düringer-Hachenburg a.a.O.; Schön S. 5, 7;

9) Formulierung bei Düringer-Hachenburg § 226 Anm. 1;

Jahren 1930 und 1931 wurde der Erwerb eigener Aktien zum Zwecke der Kursstützung zur Massenerscheinung, da man allgemein die Aktien als unterbewertet ansah und mit ansehnlichen Kursgewinnen rechnete. Ein Erwerb eigener Aktien, die unter pari standen, konnte zur Vorbereitung einer Sanierung dienen. Darüber hinaus trat mit dem Ankauf als angenehm empfundene Nebenwirkung eine Kurssteigerung auf.<sup>10)</sup>

Die Gefährdung der Aktionäre und Gläubiger der Gesellschaften wurde akut, als die in der 2. Hälfte der zwanziger Jahre nach Deutschland geflossenen ausländischen Gelder, die häufig zu Investitionen benutzt worden waren, zurückgefordert wurden, da sie kurzfristig gegeben waren.<sup>11)</sup> Im Laufe der hierdurch ausgelösten Krise zeigte sich, daß von Banken und einer erheblichen Anzahl von Industrieunternehmen eigene Aktien aufgekauft worden waren. Die Deutsche Bank und Disconto-Gesellschaft hatte beschlossen, bis 35 Mill. RM eigene Aktien zurückzukaufen; der Durchschnittskurs betrug 115 %. Die IG-Farbenindustrie besaß 1930 49 Mill. RM eigene Aktien, im Jahre 1931 kamen noch 35 Mill. RM hinzu. Der Zusammenbruch großer Institute wie der Danat-Bank,<sup>12)</sup> der Nordwolle, die notwendig gewordene Hilfe des Reichs durch Beteiligung an der Dresdner Bank,<sup>13)</sup> führte zu einer umfassenden gesetzlichen Neuregelung des § 226 HGB in der Aktienrechtsverordnung vom 19.9.1931.<sup>14)</sup>

Bis zum Aktiengesetz vom Jahre 1937 wurde diese Vorschrift nur noch einmal durch das Gesetz über den Erwerb eigener

---

10) Düringer-Hachenburg a.a.O.;

11) Schön S. 16;

12) vgl. Friedländer S. 9; Schön S. 17;

13) Düringer-Hachenburg Einl. I Anm. 44;

14) § 226 HGB in der Fassung der Aktienrechtsverordnung von 1931:

"(1) Die Aktiengesellschaft darf eigene Aktien oder Interimsscheine erwerben, wenn es zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft notwendig ist; der Gesamtnennbetrag der zu erwerbenden Aktien darf zehn vom Hundert oder einen etwa von der Reichsregierung festgesetzten niedrigeren Hundertsatz des Grundkapitals nicht übersteigen. Im übrigen darf die Aktiengesellschaft eigene Interimsscheine nicht, eigene

Aktien vom 14.5.1936 <sup>15)</sup> geändert, das unter gewissen Voraussetzungen eine Heraufsetzung des als Höchstgrenze für den Erwerb von eigenen Aktien festgelegten Hundertsatzes vorsah.

In der Aktienrechtsverordnung wurde zum ersten Mal in § 226 Abs. 4 der Begriff der abhängigen Gesellschaft festgelegt, der heute in § 15 Abs. 2 AktG als allgemeine Regelung für das Aktiengesetz in dieses übernommen wurde, wobei der Begriff "Gesellschaft" durch den weiteren des "Unternehmens" ersetzt wurde. Eine Begriffsbestimmung des Konzerns enthält das HGB in der Fassung der Aktienrechtsverordnung noch nicht, obwohl die Konzernbildung

---

Aktien nur erwerben, wenn auf sie der Nennbetrag oder, falls der Ausgabebetrag höher ist, dieser voll geleistet ist und wenn

1. die Gesellschaft damit eine Einkaufskommission ausführt oder
2. der Gesamtnennbetrag der zu erwerbenden Aktien zusammen mit anderen eigenen Aktien, die der Gesellschaft bereits gehören, zehn vom Hundert oder einen etwa von der Reichsregierung festgesetzten niedrigeren Hundertsatz des Grundkapitals nicht übersteigt und die Aktien zur Einziehung erworben werden; als hierzu erworben gelten die Aktien nur, wenn sie binnen sechs Monaten nach Erwerb eingezogen werden.
- (2) Die Wirksamkeit des Erwerbs eigener Aktien wird durch einen Verstoß gegen die Vorschriften des Abs. 1 nicht berührt, es sei denn, daß auf sie der Nennbetrag oder, falls der Ausgabebetrag höher ist, dieser noch nicht voll geleistet ist.
- (3) Dem Erwerb eigener Aktien und eigener Interimsscheine steht es gleich, wenn eigene Aktien oder eigene Interimsscheine zum Pfand genommen werden oder wenn Aktien der Gesellschaft von einem anderen für Rechnung der Gesellschaft oder unter Übernahme einer Kursgarantie durch die Gesellschaft erworben werden.
- (4) Steht eine Handelsgesellschaft oder bergrechtliche Gewerkschaft auf Grund von Beteiligungen oder in sonstiger Weise unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluß einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien (abhängige Gesellschaft), so darf sie Aktien oder Interimsscheine der herrschenden Gesellschaft nur nach Maßgabe der für den Erwerb eigener Aktien vorgesehenen Bestimmungen der Abs. 1 bis 3 erwerben oder als Pfand nehmen. Sie darf ferner Aktien der herrschenden Gesellschaft nicht zeichnen; die Wirksamkeit einer solchen Zeichnung wird durch einen Verstoß gegen diese Vorschrift nicht berührt.
- (5) Das Stimmrecht und der Anspruch auf den Reingewinn aus eigenen Aktien, die der Gesellschaft oder einem anderen für ihre Rechnung gehören, ruhen."

seit 1920 einsetzte und bis 1931 sehr stark zugenommen hatte.<sup>16)</sup> Diesen zu schaffen blieb dem Aktiengesetz vorbehalten,<sup>17)</sup> ebenso wie das Verbot, daß abhängige Unternehmen mit Aktien des herrschenden Unternehmens in dessen Hauptversammlung stimmen.

## B. Der Erwerb eigener Aktien

### I. Geltungsbereich des § 65 AktG

Die Vorschriften des Gesetzgebers über den Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft (§ 65 Abs. 1-4, 7 AktG) sind entsprechend auf Tatbestände anzuwenden, in denen nicht die Gesellschaft selbst diese Aktien erwirbt (§ 65 Abs. 5, 6). Es ist daher gerechtfertigt, zuerst die grundlegenden Vorschriften zu behandeln, umsomehr, als hierbei auch Fragen erörtert werden, die als Gesichtspunkte für eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen dienen können, wie etwa der Gesichtspunkt der Einlagenrückgewähr.

Die Regelung des § 65 AktG beruht auf einer Abwägung der Interessen der Beteiligten, der Gläubiger, der Aktionäre und der Gesellschaft. Es erscheint daher nicht notwendig, Erwägungen darüber anzustellen, ob eigene Aktien einer Gesellschaft der reinen Rechtskonstruktion nach überhaupt möglich sind, da die Körperschaft dadurch ihr eigenes Mitglied wird. Solche Bedenken berücksichtigen die wirtschaftlichen Erfordernisse dieser Regelung nicht genügend. Übrigens ist darauf hinzuweisen, daß das sonstige Recht ebenfalls Rechte an eigener Sache kennt (z.B. §§ 1163, 1256 Abs.2 BGB), weil das Verkehrsbedürfnis danach drängt.

Ein nach § 65 AktG zugelassener Erwerb eigener Aktien ist, vom Standpunkt der Gläubiger aus, als noch tragbar erachtet worden; er kann deswegen nicht im Hinblick auf andere Vorschriften, die dem Interesse der Gläubiger dienen, unzulässig sein. Der in § 65 AktG niedergelegte Zweckmäßigkeits-

---

16) vgl. Friedländer S. 7, 8

17) vgl. Friedländer S. 11

grundsatz<sup>18)</sup> muß daher auch als Auslegungsregel für diese Bestimmung und die im Zusammenhang mit ihr bestehenden Vorschriften gelten.<sup>19)</sup> Hierbei wird zu beachten sein, daß § 65 AktG eine Ausnahmenvorschrift bildet.<sup>20)</sup>

Die Vorschrift des § 65 AktG ist eine Parallelbestimmung zu § 51 AktG. In § 65 wird nur der sog. abgeleitete Erwerb eigener Aktien erfaßt, während § 51 die Fälle des ursprünglichen Erwerbs von eigenen Aktien regelt,<sup>21)</sup> nämlich dann, wenn ein Gründer eigene Aktien übernimmt (§ 22 AktG), wenn Aktien, sei es bei der Gründung oder Kapitalerhöhung (§§ 30, 152, 169 AktG) gezeichnet werden und wo durch bedingte Kapitalerhöhung auszugebende Aktien bezogen werden (§§ 159, 165 AktG). Für § 65 bleiben die Fälle, in denen ein Aktionär - Erstaktionär oder späterer Aktionär - die Aktien an die Gesellschaft veräußert.<sup>22)</sup>

Dem Gegenstand nach fallen unter § 65 Abs. 1-4 nur Aktien der Gesellschaft selbst, ebenso wie Zwischenscheine. Es ist gleichgültig, ob über die Mitgliedschaftsrechte Urkunden aufgestellt sind oder nicht, da das Gesetz unter dem Begriff "Aktien" Anteilsrechte versteht.<sup>23)</sup> Von dem Verbot unberührt bleibt der Erwerb von Schuld- und Wandelschuldverschreibungen.<sup>24)</sup>

Bestritten ist die Frage, ob der Erwerb auf Grund Gesamtrechtsnachfolge unter das grundsätzliche Verbot des

---

18) Fischer § 65 Anm. 1; Schlegelberger § 52 Anm. 14; Teichmann § 51 Anm. 1

19) Friedländer S. 154

20) Hueck § 65 Anm. 1 a.E.

21) Zur Begriffsbestimmung des abgeleiteten und ursprünglichen Erwerbs vgl. Enneccerus-Nipperdey S. 581 ff.

22) Fischer § 65 Anm. 3; Hueck § 65 Anm. 1; Schlegelberger § 65 Anm. 3; Teichmann § 65 Anm. 1

23) Fischer § 65 Anm. 4; Hueck § 65 Anm. 1; Schlegelberger § 65 Anm. 4

24) Fischer a.a.O.; Godin § 65 Anm. 1

## § 65 AktG zu rechnen ist.

Soweit es sich um einen Erwerb von Todes wegen handelt, wird die Frage nicht bedeutsam. Hier greift die Ausnahme des unentgeltlichen Erwerbs ein, soweit die Aktien voll bezahlt sind (§ 65 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 3 AktG).<sup>25)</sup>

Das Gesetz will nur die Einzelrechtsnachfolge treffen. Bei einer Gesamtrechtsnachfolge können nicht einzelne Vermögensstücke, die eigenen Aktien, vom Übergang auf die Aktiengesellschaft ausgeschlossen werden. Damit fällt der Erwerb von nicht voll bezahlten Aktien der Gesellschaft durch Erbschaft, wie auch der Erwerb auf dem Wege der Verschmelzung (§ 240 AktG) oder im Wege der Umwandlung (§ 5 Umwandlungsgesetz<sup>26)</sup>) nicht unter das Verbot des § 65.<sup>27)</sup>

### 1. Die Wirkungen eines Erwerbs eigener Aktien

#### a) Grundsätzliches Verbot

Das Gesetz stellt grundsätzlich ein Verbot auf und läßt aus Zweckmäßigkeitsgründen einzelne Ausnahmen zu. Als solche Ausnahmen kommen die Fälle des Erwerbs zur Abwendung eines schweren Schadens, des Erwerbs um die Aktien den Arbeitnehmern der Gesellschaft zum Erwerb anzubieten, des unentgeltlichen Erwerbs, des Erwerbs in Ausführung einer Einkaufskommission und des Erwerbs zur Einziehung in Betracht. Jede der Ausnahmen ist an besondere Voraussetzungen geknüpft.

Aus den allgemeinen Regeln des Zivilprozesses ergibt sich, daß die Beweislast für das Vorliegen einer Ausnahme denjenigen trifft, der sich darauf beruft.<sup>28)</sup>

---

25) Fischer § 65 Anm. 6

26) vom 12.11.1956 (BGBl. I, S. 844)

27) Hueck § 65 Anm. 2; Schlegelberger § 65 Anm. 4; Teichmann § 65 Anm. 1; a.M. Fischer a.a.O.; Godin § 65 Anm. 17

28) Rosenberg § 114 I 2; Stein-Jonas § 282 Anm. IV 4; Baumbach-Lauterbach Anh. § 282 Anm. 2; Hueck § 65 Anm. 2; Schlegelberger § 65 Anm. 4

Soweit eine derartige Ausnahme vorliegt, ist der Erwerb eigener Aktien schuldrechtlich und dinglich wirksam.

Zur Beurteilung der Wirkungen eines verbotenen Erwerbs von eigenen Aktien durch die Gesellschaft bedarf es einer Feststellung, welche grundlegenden Prinzipien des Aktienrechts und welche gesetzlichen Vorschriften über die Bestimmung des § 65 Abs. 3 AktG hinaus hierdurch berührt werden.

Dem Aktienrecht wohnt der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre inne. Dieser Grundsatz ergibt sich aus dem Wesen der Aktiengesellschaft als einer Körperschaft. Das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof sahen diesen Grundsatz ohne Angabe von Gründen als beherrschendes Prinzip für das ganze Körperschaftsrecht an.<sup>29)</sup> Der Gleichbehandlungsgrundsatz bedeutet nicht eine schematische Gleichberechtigung aller Mitglieder der Aktiengesellschaft, sondern das Recht jedes Aktionärs bei gleichen Voraussetzungen gleich behandelt zu werden. Dieses Recht wird verletzt, wenn einzelne Aktionäre durch die Gesellschaft aus ihrem Risiko entlassen werden, das sie durch den Erwerb von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft eingegangen sind.<sup>30)</sup>

Gleichzeitig gewährleistet § 65 AktG, daß das Grundkapital (vgl. u.a. § 133 Ziff. 7 AktG) und die Einlagen der Gesellschafter als Sicherheitsstock für die Gläubiger erhalten bleiben. Diesem Zweck dient in besonderem Maße die Bestimmung des § 52 AktG, die verbietet, den Aktionären die Einlagen zurückzugewähren. Dieses Prinzip ist die notwendige Gegenseite dazu, daß den Gläubigern der Aktiengesellschaft nur deren Vermögen, nicht aber das der Aktionäre haftet (§ 48 Abs. 2 AktG).<sup>31)</sup>

---

29) RGZ 80, 81 (85); 113, 153 (156); 118, 67 (70); 119, 220 (228); 120, 177 (180), 363 (373); vgl. auch Fischer § 1 Anm. 12; Hueck § 11 Anm. 1

30) Würdinger, Aktienrecht S. 56; Schön S. 36

31) Ballerstedt S. 132

Während der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre nur mittelbar in § 65 AktG zum Tragen kommt, wird die Bestimmung des § 52 durch einen entgeltlichen Erwerb eigener Aktien unmittelbar berührt. Das ergibt sich schon aus § 52 Satz 2, nach dem als Rückgewähr von Einlagen nicht die Zahlung des Erwerbspreises beim zulässigen Erwerb eigener Aktien gilt.<sup>32)</sup> Diese Verbindung wurde durch den Gesetzgeber erst im Aktiengesetz klargestellt. Noch unter der Geltung des § 226 HGB in der Fassung der Aktienrechtsverordnung von 1931 war sie bestritten.<sup>33)</sup>

Der Begriff "Einlage" ist nicht in dem engen Sinn zu verstehen, daß nur der Betrag, der auf das Grundkapital geleistet wurde, dem Aktionär, der ihn eingebracht hat, nicht mehr zurückgewährt werden darf. Unter Einlage fällt alles, was die Aktionäre in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter leisten, damit es ein Teil des Gesellschaftsvermögens werde.

Durch die §§ 52, 65 AktG ist das Gesamtvermögen der Gesellschaft vor Auszahlungen an die Gesellschafter geschützt, es sei denn, es handle sich bei der Auszahlung um eine Ausschüttung von Reingewinn in gesetzlicher und satzungsmäßig zulässiger Form.<sup>34)</sup> Nach § 1 AktG ist jeder Erwerber einer Aktie am Grundkapital der Aktiengesellschaft beteiligt. Zwischen der Einlage der ersten und der späteren Aktionäre zu unterscheiden, ist nicht gerechtfertigt.<sup>35)</sup> Eine unzulässige Rückgewähr von Einlagen ist auch dann

---

32) Fischer § 65 Anm. 18; Hueck § 65 Anm. 2, § 52 Anm. 3; Schlegelberger § 65 Anm. 5

33) vgl. Schlegelberger § 65 Anm. 16

34) Fischer § 52 Anm. 3; Hueck § 52 Anm. 1; Schlegelberger § 52 Anm. 3

35) Fischer § 52 Anm. 4; Hueck § 52 Anm. 2; Schlegelberger § 52 Anm. 4; die Entscheidung in RGZ 146, 84 ff. ist insoweit als überholt abzulehnen.

anzunehmen, wenn nicht zu Lasten des Grundkapitals, sondern aus freien Rücklagen oder dem Reingewinn geleistet wird.<sup>36)</sup>

Auf die rechtliche Einordnung der Zahlung kommt es für die Einlagenrückgewähr nicht an; maßgeblich ist der sachliche Inhalt und die Art des Geschäfts.<sup>37)</sup> Da die Rückgewähr der Einlage schlechthin verboten ist, ist es unbeachtlich, ob der Gegenwert, der für die eigenen Aktien gezahlt wird, angemessen (etwa der Kurswert), zu hoch oder zu niedrig ist. Durch jede Zahlung wird die Vermögenssubstanz der Gesellschaft in ihrem jeweiligen Umfang verringert.<sup>38)</sup> Die Möglichkeit der Wiederveräußerung der erworbenen eigenen Aktien muß im Hinblick auf § 52 AktG unberücksichtigt bleiben, weil ihr Zeitpunkt ungewiß ist und eine spätere Veräußerung u.U. zu erheblichen Wertverlusten führen kann.<sup>39)</sup>

Um den Schutz des § 52 AktG nicht auszuhöhlen, sind dem Ankauf eigener Aktien auch die Fälle gleichzustellen, in denen die Gesellschaft zum Ankauf solcher Aktien Darlehen zur Verfügung gestellt<sup>40)</sup> oder gar den Kaufpreis für einen Dritten, der die Aktien erwirbt, bezahlt oder Sicherheiten für eine gegen einen Dritten gerichtete Kaufpreisforderung aus derartigen Erwerbsgeschäften bestellt.<sup>41)</sup> Dies ergibt sich aus dem Gedanken, daß das Verbot erst recht eingreifen muß, wenn der Gesellschaft ein Gegenwert in den eigenen Aktien nicht zufließt, sondern sie nur die Lasten aus solchen Geschäften treffen.

Einem Dritten ist es nicht untersagt, einem Aktionäre die Einlage "zurückzugewähren", sofern er nicht für Rechnung

---

36) Fischer § 52 Anm. 3; Ballerstedt S. 122, 134

37) RGZ 149, 385 (400)

38) Hueck § 52 Anm. 2 B; Schlegelberger § 52 Anm. 5

39) vgl. Würdinger, Aktienrecht S. 56

40) Fischer § 52 Anm. 4 mit RGZ 146, 84 (93, 94)

41) RGZ JW 1930, 3730 ff; 1932, 2602 (für GmbH)

der Gesellschaft handelt, da das Vermögen der Aktiengesellschaft nicht berührt wird.<sup>42)</sup>

Ein Verstoß gegen § 52 AktG ist ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB.<sup>43)</sup>

Das Aktiengesetz regelt für den Erwerb von eigenen Aktien in § 65 Abs. 3 die Gültigkeit des Erwerbs unmittelbar. Es unterscheidet hierbei zwischen der dinglichen und der schuldrechtlichen Seite.

#### b) Die dingliche Seite eines Erwerbs

Grundsätzlich verboten ist der Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft, also das dingliche Rechtsgeschäft, und zwar unabhängig davon, ob im Einzelfall mit dem Erwerb eine Gefahr verbunden ist.<sup>44)</sup>

Deswegen sind das sog. Report- und Deportgeschäft unzulässig. Beim Reportgeschäft erwirbt die Aktiengesellschaft vorübergehend Eigentum an den eigenen Aktien, um sie zu einem späteren Zeitpunkt wieder an den Deporteur zu veräußern. Wie oben bei § 52 AktG kann es auf die Zeitspanne, wie lange die Aktiengesellschaft die Aktien besitzt, nicht ankommen, da sonst der Schutzcharakter des § 65 AktG ausgehöhlt würde. Dasselbe muß auch für das Deportgeschäft gelten, wenngleich die Aktiengesellschaft nach einiger Zeit nur wieder die Aktien erwirbt, die sie einmal besessen hat. Die Gesellschaft hat aber in der Zwischenzeit das Eigentum an den Aktien verloren und erwirbt es wieder neu. Es besteht keine praktische Veranlassung, das Deportgeschäft zuzulassen.<sup>45)</sup>

Das Verbot des Erwerbs eigener Aktien durch die Gesellschaft selbst ist ein gesetzliches Verbot im Sinne des

---

42) Fischer § 52 Anm. 6

43) Fischer § 52 Anm. 10; Schlegelberger § 52 Anm. 7

44) RGZ 167, 40 (48)

45) Fischer § 65 Anm. 5; Hueck § 65 Anm. 2; Schlegelberger § 65 Anm. 4; Teichmann § 65 Anm. 3 b (für Report); RGZ 167 (40) 48; a.M. Düringer-Hachenburg § 226 Anm. 9 (für Deport)

§ 134 BGB. Der dort ausgesprochene Grundsatz ist in § 65 Abs. 3 AktG streng durchgeführt, wenn das Unternehmen eigene Aktien erwirbt, auf die der Ausgabebetrag nicht voll geleistet ist. Durch den verbotswidrigen Erwerb nicht voll bezahlter Aktien wird die Aktiengesellschaft nicht Eigentümerin der Aktien. Dies erklärt sich aus den Gefahren, die mit einem Eigentumserwerb verbunden wären. Soweit die Einlage auf die Aktie noch nicht geleistet ist, hat die Aktiengesellschaft gem. § 49 AktG einen Anspruch darauf. Dieser Anspruch würde erlöschen, wenn sich Forderung und Schuld in einer Person, der Aktiengesellschaft, vereinigen würden. Durch die Weiterveräußerung der Aktie lebte zwar die Einlagerestforderung wieder auf, da sie an der Aktie hängt,<sup>46)</sup> die Aktiengesellschaft würde dagegen die Haftung der Vormänner nach § 59 AktG verlieren. Der Einlagerückstand könnte von der Aktiengesellschaft solange verlangt werden, als sie nicht im Aktienbuch eingetragen wäre (§ 62 Abs. 3 AktG). Das könnte aber der Veräußerer verlangen und ihr, wenn sie ihn in Anspruch nehmen würde, den Einwand aus dem Kaufvertrag entgegenhalten. Diesen Gefahren wird durch die Nichtigkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts begegnet,<sup>47)</sup> die die Aktiengesellschaft kein Eigentum an den Aktien erwerben läßt.

Erwirbt die Aktiengesellschaft dagegen voll bezahlte Aktien, berührt ein Verstoß gegen § 65 AktG nicht die Wirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts der Aktienübertragung. Der Gesetzgeber hat hier eine Ausnahme von dem Grundsatz festgelegt, daß ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot das Rechtsgeschäft nichtig macht.

Über die Gültigkeit des dinglichen Erwerbsaktes bezüglich des Erwerbspreises für eigene Aktien - meistens Bar-

---

46) Bay.OblG OLG 14, 355 (356); Fischer § 65 Anm. 11

47) Fischer § 65 Anm. 11; Schlegelberger § 65 Anm. 5; a.M. Godin § 65 Anm. 8; dagegen Fischer a.a.O.  
Im Hinblick auf die gesetzliche Regelung hat dieser Streit keine Bedeutung.

geld - besagt § 65 AktG ausdrücklich nichts. Hier kommt die Verbindung dieser Vorschrift mit § 52 AktG zum Tragen, der die Rückgewähr von Einlagen an die Aktionäre verbietet.<sup>48)</sup> Ein Verstoß hiergegen macht das Rechtsgeschäft nichtig.<sup>49)</sup> Ob sich dieses Verbot nur auf das schuldrechtliche Geschäft oder auch auf das dingliche (Erfüllungs-) Geschäft bezieht, ist nach allgemeinen Regeln des Rechts zu entscheiden. Gesetze, die Vermögensverschiebungen unterbinden wollen, machen in der Regel auch das Erfüllungsgeschäft nichtig.<sup>50)</sup> § 52 stellt die Erhaltung des Vermögens der Aktiengesellschaft zum Schutz der Gläubiger sicher, die wegen ihrer Forderungen auf Erfüllung durch die Aktiengesellschaft angewiesen sind, und denen die Aktionäre im Regelfall nicht haften. Damit ist anzunehmen, daß § 52 AktG auch zur Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts führt.<sup>51)</sup>

#### c) Die schuldrechtliche Seite

Soweit der Erwerb von eigenen Aktien durch die Gesellschaft unzulässig ist, unbeachtlich, ob der Erwerb als solcher wirksam ist oder nicht, ist das schuldrechtliche Geschäft nichtig. In § 65 Anm. 3 AktG wird eine gesetzliche Folge des § 52 AktG wiederholt, daß nämlich, wenn die Einlagenrückgewähr unzulässig ist, auch ein darauf gerichtetes schuldrechtliches Geschäft nichtig ist.<sup>52)</sup>

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß sich die Wirksamkeit von Grund- und Erfüllungsgeschäft verschieden beurteilt, wenn die eigenen Aktien, die die Gesellschaft erworben hat, voll bezahlt sind, ist für das Report- und Deportgeschäft zu machen. Hier erfaßt die Nichtigkeit

---

48) Würdinger, Aktienrecht S. 56

49) Fischer § 52 Anm. 10; Hueck § 52 Anm. 1; Schlegelberger § 52 Anm. 7

50) BGHZ 11, 59 (61)

51) RG JW 1930, 3730 (3732); Fischer § 52 Anm. 11; Hueck § 52 Anm. 1; Schlegelberger § 52 Anm. 7; vgl. Ballerstedt S. 127

52) wie vor

der Report- und Deportabrede auch das dingliche Geschäft, da die Eigentumsübertragung durch die Gültigkeit des Kausalgeschäfts bedingt ist.<sup>53)</sup>

d) Ansprüche der Parteien bei unzulässigem Erwerb

Die Nichtigkeit des dinglichen und des schuldrechtlichen Geschäfts kann von beiden Seiten geltend gemacht werden.<sup>54)</sup>

Hat die Aktiengesellschaft nicht voll bezahlte Aktien erworben, so sind die beiden dinglichen Erwerbsakte (bezüglich der Aktien und des Erwerbspreises) sowie das schuldrechtliche Geschäft, das diesen Erwerbsakten zu Grunde liegt, nichtig. Die Aktiengesellschaft kann die Herausgabe des Erwerbspreises in Natur verlangen (§ 985 BGB) und hat gleichzeitig einen Anspruch auf Rückgewähr nach §§ 812 ff. BGB, da der Erwerber den Erwerbspreis ohne rechtlichen Grund erlangt hat, weil das schuldrechtliche Geschäft nichtig ist.

Es besteht Streit darüber, ob die Rückforderung des Geldes aus dem Grundsatz der ungerechtfertigten Bereicherung verlangt werden kann, oder ob § 52 AktG unmittelbar einen Rückforderungsanspruch gibt, also eine lex specialis zu §§ 812 ff. BGB darstellt.

Die verschiedene Konstruktion des Rückforderungsanspruchs hat ihren Grund in den Einschränkungen, denen die Rückgewährforderung aus ungerechtfertigter Bereicherung unterliegt.

Einmal schließt § 814 BGB den Bereicherungsanspruch aus, wenn der Leistende (die Aktiengesellschaft) gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war. Das ist dann gegeben, wenn der Leistende positive Kenntnis hatte, daß das schuldrechtliche Geschäft wegen Verstoßes gegen die

---

53) Fischer § 65 Anm. 5; Hueck § 65 Anm. 5

54) Schlegelberger § 65 Anm. 17

§§ 52 und 65 AktG nichtig war. Da die Aktiengesellschaft nicht selbst handeln kann, kommt es auf die Kenntnis ihrer Vertreter, meistens ihrer Vorstandsmitglieder (§§ 70, 71 AktG) an; bei mehreren Vertretern auf die des Leistenden.<sup>55)</sup> Der Erwerb eigener Aktien wird in der Mehrzahl der Fälle auf Veranlassung der Vorstandsmitglieder erfolgen, da es sich dabei um für das Unternehmen derart einschneidende Maßnahmen handelt, die selten untergeordneten Angestellten übertragen werden. Den Vorstandsmitgliedern wird regelmäßig bekannt sein, ob der Erwerb eigener Aktien zulässig war oder nicht, wenngleich die Kenntnis der tatsächlichen Umstände nicht genügt, sondern positive Kenntnis der Rechtslage zu fordern ist; mit anderen Worten: aus den tatsächlichen Gegebenheiten darf nicht infolge Rechtsirrtums ein falscher Schluß gezogen werden.<sup>56)</sup> Jedenfalls werden des öfteren Fälle gegeben sein, in denen der Vorstand die tatsächliche Lage und die Rechtsfolgen hieraus klar übersehen hat. Dies führt dazu, daß, wenn § 814 BGB anzuwenden ist, der Aktiengesellschaft der Rückforderungsanspruch bezüglich des Geldes verwehrt ist.

Das BGB kennt in § 817 Satz 1 einen weiteren Bereicherungsanspruch, der dann eingreift, wenn der Zweck einer Leistung (der Zahlung des Erwerbspreises für eigene Aktien) in der Art bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot (§§ 52, 65 AktG, 134 BGB) verstoßen hat. Praktische Bedeutung hat diese Bestimmung gerade für die Fälle, in denen der Anspruch aus § 812 durch § 814 BGB ausgeschlossen ist.<sup>57)</sup>

Der Anspruch ist jedoch vereitelt, wenn dem Leistenden (gleichfalls) ein Verstoß gegen das gesetzliche Verbot zur Last fällt (§ 817 Satz 2 BGB). Diese Regelung gilt

---

55) RGZ 95, 126 (129, 130)

56) RG SeuffA 75, S. 332; RAG HRR 1935 Nr. 490

57) RGZ 99, 161 (165); Enneccerus-Lehmann S. 905

nicht nur für den Bereicherungsanspruch nach Satz 1, sondern auch für eine Forderung, die aus § 812 BGB hergeleitet wird.<sup>58)</sup> Von der Rechtsprechung wurde als Voraussetzung für § 817 Satz 2 BGB das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verlangt.<sup>59)</sup> Ähnlich wie oben bei § 814 BGB wird dies nicht selten der Fall sein, da der Verstoß des Vertreters dem Vertretenen zugerechnet wird.<sup>60)</sup> Damit wäre der Bereicherungsanspruch aus §§ 812, 817 Satz 1 BGB vereitelt.

Schließlich kann der Rückforderungsanspruch noch dadurch hinfällig werden, daß der Empfänger nicht mehr bereichert ist (§ 818 Abs. 3 BGB). Jedoch ist zu beachten, daß eine verschärfte Haftung über §§ 818 Abs. 4, 819 BGB eingreift.

Auf den ersten Blick betrachtet, haben diese schuldrechtlichen Ansprüche auf Rückforderung des Erwerbspreises für eigene Aktien keine große Bedeutung. Der Gesellschaft, gleich ob der Erwerb der Aktien wirksam war oder nicht, steht der Herausgabeanspruch bezüglich des Geldes auf Grund § 985 BGB zur Seite.

Erhält der Empfänger des Erwerbspreises das Geld in Natur von der Aktiengesellschaft - was freilich in seltenen Fällen stattfinden wird - so wird er es regelmäßig mit anderen Geldern vermischen, womit nach §§ 948, 947 BGB ein (Mit-) Eigentumserwerb an dem Geld eintreten wird, obwohl der dingliche Erwerbsvorgang gem. § 134 BGB an sich nichtig war.

Es sind nun zwei Fälle praktisch denkbar, an die das Gesetz unterschiedliche Rechtswirkungen knüpft.

---

58) RGZ, 151, 70 (72); Enneccerus a.a.O.

59) RGZ, 132, 33 (41); JW 1938, 1333; a.M. Enneccerus a.a.O.: nur dann keine Anwendung von § 817 Satz 2 BGB, wenn dem Leistenden die Rechtsvorschrift, gegen die er verstößt, nicht bekannt war und ihm diese Unkenntnis nicht zum Vorwurf zu machen ist.

60) RGZ 100, 247 (250) für Sittenwidrigkeit.

Einmal ist es möglich, daß beide ursprünglichen Eigentümer der Geldbeträge, der Erwerber und die Aktiengesellschaft, Miteigentümer an dem gesamten Geldbetrag werden, der im Besitz des Erwerbers des Geldes ist. Die einzelnen Anteile bestimmen sich nach dem Verhältnis der beiden Summen, der, die bereits im Besitz des Erwerbers war, und der, die er durch die Aktiengesellschaft erhalten hat (§§ 948, 947 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB). Der Betrag, der sich bei dem Erwerber des Erwerbspreises für die eigenen Aktien bereits befindet, kann aber auch Hauptsache im Sinn der §§ 948, 947 BGB sein, mit der Folge, daß der Erwerber auch an dem Erwerbspreis für die eigene Aktie, zwar nicht über §§ 929, 854 BGB, doch über § 947 Abs. 2 BGB Alleineigentum erwirbt.

Der Fall, daß der Betrag, den die Gesellschaft an den Verkäufer der eigenen Aktien gegeben hat, die Hauptsache bildet, kann vernachlässigt werden, da hier jedenfalls § 985 BGB bezüglich des gesamten Betrages gegeben ist.

Bei der ersten Alternative folgt das Rechtsverhältnis zwischen den beiden Miteigentümern den Vorschriften über die Gemeinschaft des BGB (§§ 741 ff. BGB),<sup>61)</sup> mit dem Recht, Teilung in Natur zu verlangen (§ 752 BGB). Dies ist nicht problematisch.

Im zweiten Fall ist die Aktiengesellschaft über § 951 BGB auf den Bereicherungsanspruch beschränkt, mit den Folgen, die oben aufgezeigt wurden.<sup>62)</sup>

Dieser Ablauf des Geschehens, der hier geschildert wurde, hat in der Praxis untergeordnete Bedeutung.<sup>63)</sup> Es ist

---

61) Wolff, Sachenrecht S. 351

62) Fischer § 52 Anm. 11; Hueck § 65 Anm. 5; Schlegelberger § 65 Anm. 16

63) a.A. Ballerstedt S. 128 Anm. 20, der meint, der Bereicherungsanspruch komme nur bei der Rückzahlung von Geldforderungen praktisch in Betracht.

kaum denkbar, daß ein Aktionär der Aktiengesellschaft eigene Aktien gegen Barzahlung anbietet. Für den Regelfall wird folgender Weg begangen werden: Ein Besitzer eines Pakets Aktien einer Gesellschaft bietet diese der Gesellschaft an. Der Kaufpreis wird, da es sich um größere Summen handelt, durch bargeldlose Überweisung beglichen.

Das Reichsgericht<sup>64)</sup> führte nun aus, daß Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft bei Einlagenrückgewähr gegen § 213 HGB<sup>65)</sup> verstoßen, mit der Folge, daß beide Geschäfte nichtig sind. Diesem Ausspruch nach würde der Auftrag der Aktiengesellschaft an eine Bank, den Gegenwert für die angekauften eigenen Aktien dem Verkäufer der Aktien zu überweisen, ebenfalls nichtig sein, da dieser Auftrag als Erfüllungsgeschäft anzusehen wäre. Dieses Ergebnis entspräche dem Schutzgedanken des § 52 AktG. Die Aktiengesellschaft könnte von der beauftragten Bank nach herrschender Ansicht Wiedergutschrift des belasteten Betrages fordern, da die Lastschrift ohne Rechtsgrund erfolgt und Valuta- und Deckungsverhältnis nichtig wären (§ 812 ff. BGB).<sup>66)</sup> Der Bank obläge es, sich um die Rückgängigmachung der bereits ausgeführten Überweisung zu kümmern; m.a.W.: die Bank trüge die Gefahr - ohne Rücksicht auf die rechtlichen Möglichkeiten -, wenn der Verkäufer der Aktien über den ihm angewiesenen Betrag verfügt hätte und zur Rückzahlung nicht mehr in der Lage wäre. Das Ergebnis ist allerdings kaum tragbar.<sup>67)</sup>

---

64) RGZ JW 1930, 3730 (3732)

65) Unter Geltung des HGB in der Fassung der Aktienrechtsverordnung von 1931, die entsprechende Bestimmung zu § 52 AktG. Diese Vorschrift hatte folgenden Text:

"Die Aktionäre können ihre Einlagen nicht zurückfordern; sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den Reingewinn, soweit dieser nicht nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrage von der Verteilung ausgeschlossen ist."

66) vgl. RGZ 86, 343 (348); RGZ JW 1934, 2458; Enneccerus-Lehmann S. 881

67) Eine eingehende Erörterung der Probleme, die hiermit und mit der sog. Kettenüberweisung zusammenhängen, übersteigt den Rahmen der Arbeit.

Die Gesellschaft steht auch beim Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht wesentlich schlechter, als wenn sie das Geld unmittelbar dem Erwerber gezahlt hätte, sofern man, was aus dem Grundsatz des § 52 AktG herzu-  
leiten ist, für den Bereicherungsanspruch seitens der Aktiengesellschaft die §§ 814, 817 Satz 2 BGB als nicht anwendbar ansieht. § 52 AktG bezweckt den Schutz der Vermögenssubstanz der AG im Interesse der Gläubiger. Dieser Zweck würde vereitelt, wenn die Aktiengesellschaft Geschäfte abschließen würde, deren schuldrechtliche Grundlage nichtig wäre, aber ein Bereicherungsanspruch deswegen ausgeschlossen wäre, weil - wie häufig - die Vertreter der Aktiengesellschaft davon Kenntnis hatten, daß der Erwerb eigener Aktien in dem Fall verboten war.<sup>68)</sup>

Aus dieser Tatsache allein zu schließen, die Rechtsgrundlage des Rückforderungsanspruchs ergebe sich allein aus aktienrechtlichen Grundsätzen in Verbindung mit §§ 52, 56 AktG,<sup>69)</sup> scheint mir zu weit zu gehen. § 52 AktG normiert nur durch die Formulierung "dürfe nicht" die Nichtigkeit des Geschäfts, das insoweit gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Natürliche Folge ist das Eingreifen der Bestimmungen der §§ 985 bzw. 812 ff. BGB. Damit ist ein praktisches Bedürfnis für einen besonderen aktienrechtlichen Anspruch nicht gegeben.<sup>70)</sup>

Soweit mit den angeführten Bestimmungen der aktienrechtlichen Zweck nicht erreicht wird, müssen sie in ihren Auswirkungen eingeschränkt bzw. erweitert werden.

---

68) RG HRR 1937 Nr. 13; Hueck § 52 Anm. 1; Schlegelberger § 52 Anm. 7 und § 65 Anm. 16; Gadow § 56 Anm. 11; a.A. Staub-Pinner § 217 Anm. 21; BGHZ WM 57, 61 ff. hat zwar die Frage, ob ein Bereicherungsanspruch nach §§ 812 ff. BGB oder ein Anspruch gem. § 52 AktG gegeben ist, unentschieden gelassen, jedoch für den Fall, daß ein Bereicherungsanspruch besteht, die angegebene Meinung vertreten.

69) so Fischer § 52 Anm. 11; Godin § 52 Anm. 4; Ballerstedt S. 128, 138

70) Gadow a.a.O.

Die Begründung, es handle sich bei dem Rückforderungsanspruch um eine gesellschaftsrechtliche Verpflichtung wie in § 49 Abs. 2 AktG,<sup>71)</sup> ist verfehlt, da § 52 AktG keine Zahlungspflicht begründet, sondern in ihm nur ein Verbot zum Ausdruck kommt, während in § 49 Abs. 2 AktG ausdrücklich gesagt wird: "haben ... einzuzahlen".

Auch § 56 AktG kann nicht zur Stützung dieser Meinung herangezogen werden. § 56 Abs. 1 Satz 1 AktG begründet nur eine Haftungsbestimmung zu Gunsten der Gläubiger der Aktiengesellschaft bzw. in Abs. 3 einen Ausschluß der Forderungsrechte der Gesellschaft. Nirgends ist normiert, daß hier ein selbständiger Anspruch festgelegt werden sollte.<sup>72)</sup>

Der Empfänger des Entgelts für die eigenen Aktien wird insoweit von der Leistung frei, als er nach § 818 Abs. 3 BGB nicht mehr bereichert ist. Dies ist aber eine allgemeine Erscheinungsform des Bereicherungsrechts. Die Anwendung der Bestimmung ist auch nicht unbillig, da die §§ 812 ff. BGB keinen Straf- oder Haftungscharakter aufweisen, sondern im allgemeinen ohne Rücksicht auf Verschulden eingreifen. Im übrigen tritt über §§ 818 Abs. 4, 819 BGB unter Umständen eine verschärfte Haftung ein.

Es wäre auch sinnwidrig, was allgemein angenommen wird,<sup>73)</sup> dem Aktionär einen Bereicherungsanspruch, der Gesellschaft dagegen einen aktienrechtlichen Anspruch zuzubilligen, da die Nichtigkeit des Geschäftes beide gleichermaßen trifft.

---

71) so Fischer a.a.O.

72) a.M. Fischer und Godin a.a.O.; Schlegelberger § 52 Anm. 7 hält einen unmittelbaren aktienrechtlichen Anspruch für möglich; BGHZ a.a.O. hat diese Frage unentschieden gelassen.

73) Fischer § 65 Anm. 18; Hueck § 65 Anm. 5; Schlegelberger § 65 Anm. 17; Godin § 65 Anm. 8

Der Aktionär, der seine Aktien bereits geliefert hat, kann, sofern diese nicht voll bezahlt sind, über § 985 BGB Herausgabe verlangen, da die Gesellschaft nicht Eigentümerin geworden ist (§ 65 Abs. 3 Satz 1 AktG). Darüber hinaus hat er noch einen Bereicherungsanspruch gem. §§ 812 ff. BGB, da die Aktien wegen Nichtigkeit des schuldrechtlichen Geschäfts auch ohne rechtlichen Grund erworben wurden. Praktische Bedeutung hat in diesem Fall der Bereicherungsanspruch kaum, weil dem Aktionär der Herausgabeanspruch zusteht.

Anders, wenn die Aktien voll bezahlt sind, dann ist der dingliche Erwerb wirksam, die Aktiengesellschaft ist Eigentümerin geworden. Das schuldrechtliche Geschäft ist ebenfalls nichtig. Über §§ 812 ff. BGB hat der Veräußerer die Möglichkeit, die gelieferten Aktien zu kondizieren. Dieser Anspruch ist allerdings ausgeschlossen, wenn die Vorschriften §§ 814, 817 BGB eingreifen, da für Nichtanwendung dieser Bestimmungen in diesem Fall kein Grund ersichtlich ist.

#### Ausnahmen vom grundsätzlichen Erwerbsverbot

Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens und  
zum Zwecke der Ausgabe von Belegschaftsaktien  
(§ 65 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 1 und 2 AktG)

Die Gesellschaft darf eigene Aktien, selbst wenn sie nicht voll bezahlt sind, erwerben, wenn es zur Abwendung eines schweren Schadens geschieht (§ 65 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 1 AktG). Was unter "schwerer Schaden" zu begreifen ist, kann nur für den Einzelfall entschieden werden. Nach der Entwicklungsgeschichte des § 65 und dem Zweck der Bestimmung lassen sich in erster Linie negative Merkmale aufzählen, deren Vorliegen nicht zur Annahme eines schweren Schadens, der mittelbar oder unmittelbar drohen kann,<sup>74)</sup> führt.

Der Schaden muß der Gesellschaft drohen und nicht einem Dritten, etwa Aktionären. Jedoch kann ein Machtkampf von Aktionären untereinander, der unter Umständen zu schweren Kursstürzen der Aktien der Gesellschaft an der Börse führt, einen schweren Schaden hervorrufen. In diesem Fall ist die Aktiengesellschaft zum Erwerb von

---

74) Fischer § 65 Anm. 8; Schlegelberger § 65 Anm. 6

eigenen Aktien befugt. Es genügt nicht, das ergibt sich aus der Geschichte des § 65, insbesondere aus den Zuständen vor der Aktienrechtsverordnung des Jahres 1931, das Bedürfnis, den Kurs zu pflegen. Damit würde das Verbot des § 65 wiederum, wie schon unter der Ära des "regelmäßigen Geschäftsbetriebs", ausgehöhlt. Eine schwere Kreditschädigung der Gesellschaft durch Kursrückgang, also ein mittelbarer Schaden, genügt aber. Ebenfalls Überfremdung, Erhebung einer Anfechtungsklage in wichtigen Fragen u.a.<sup>75)</sup>

Der Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens ist notwendig, wenn durch die Maßnahme der schwere Schaden objektiv abgewendet werden kann. Der Vorstand braucht weder die Absicht noch das Bewußtsein zu haben, mit der vorgenommenen Handlung einen schweren Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Die Meinung der Vorstandsmitglieder ist schlechthin unbeachtlich, selbst wenn sie angenommen haben, der Erwerb sei nicht zur Abwendung des schweren Schadens notwendig.<sup>76)</sup>

Der Erwerb von nicht voll bezahlten Aktien ist wegen der damit verbundenen größeren Gefahr des Untergangs der Haftung der Vorstände (§ 59 AktG) nur gestattet, wenn der Schaden nicht durch Erwerb von voll bezahlten Aktien vermieden werden kann.<sup>77)</sup>

Durch Gesetz vom 23.12.1959 wurde der Gesellschaft der Erwerb von eigenen (voll und nicht voll bezahlten) Aktien gestattet, wenn diese den Arbeitnehmern der Gesellschaft zum Erwerb angeboten werden sollen. Damit sollte die Ausgabe von Belegschaftsaktien durch die Aktiengesellschaften erleichtert werden. Der Erwerb darf vorgenommen werden, wenn die Aktien an Belegschaftsmitglieder, mit Ausnahme der Organe des Unternehmens, weitergegeben werden. Sowohl über die Weitergabe, als auch über den Erwerb der Anteile entscheidet der Vorstand, da es sich um eine Geschäftsführungsmaßnahme handelt (Ausnahme: § 95 Abs. 5 Satz 2 AktG).<sup>78)</sup>

---

75) Hueck § 65 Anm. 3; Schlegelberger § 65 Anm. 6

76) Fischer § 65 Anm. 9; Hueck § 65 Anm. 3; Schlegelberger § 65 Anm. 8; a.M. Godin § 65 Anm. 2

77) Fischer § 65 Anm. 11; Schlegelberger § 65 Anm. 5

78) Niethammer BB 1960, 257; Geßler BB 1960, 6 und WM 1960, Sonderbeilage 1 S. 24

Das Gesetz hat für den Erwerb von eigenen Aktien zur Abwendung eines schweren Schadens und zwecks Ausgabe von Belegschaftsaktien eine Höchstgrenze von 10 % des Grundkapitals festgelegt. Müßten zur Abwendung eines Schadens eigene Aktien mit einem Nennbetrag von mehr als 10 v.H. des Grundkapitals erworben werden, wäre ein Erwerb bis zur festgesetzten Grenze unzulässig, es sei denn, der Schaden, der durch den Erwerb innerhalb der Höchstgrenze abgewendet werden kann, ist ebenfalls ein schwerer Schaden im Sinne des Gesetzes.<sup>79)</sup>

Die Höchstgrenze von 10 v.H. berechnet sich vom Grundkapital, d.h., dem Gesamtnennbetrag - ohne Berücksichtigung eines evtl. bedingten oder genehmigten Kapitals<sup>80)</sup> - zur Zeit des Erwerbs<sup>81)</sup> der eigenen Aktien. Der Höchstsatz von 10 % darf nur einmal ausgenützt werden und wird insoweit wieder frei als eigene Aktien veräußert werden. In den zulässigen Betrag werden alle Aktien eingerechnet, die die Aktiengesellschaft zur Abwendung eines schweren Schadens oder zum Zwecke der Weitergabe an Belegschaftsmitglieder, nicht aus anderen Gründen,<sup>82)</sup> erworben hat. Darüber hinaus müssen die Aktien berücksichtigt werden, die die Aktiengesellschaft zur Abwendung eines schweren Schadens zum Pfand genommen hat und Aktien der Gesellschaft, die ein von ihr abhängiges Unternehmen, ein anderer für dessen Rechnung oder für Rechnung der herrschenden Gesellschaft zur Abwendung eines schweren Schadens von ihr oder zum Zwecke der Ausgabe von Belegschaftsaktien erworben oder zum Pfand genommen haben, um einen schweren Schaden von der herrschenden Gesellschaft abzuwenden und die die herrschende Gesellschaft oder ein von ihr abhängiges Unternehmen oder Dritte für Rechnung der Gesellschaft oder des abhängigen Unternehmens noch besitzen.<sup>83)</sup>

---

79) Fischer § 65 Anm. 1o

80) Fischer a.a.O.; Schlegelberger § 65 Anm. 9

81) Fischer a.a.O.

82) Fischer a.a.O.; Hueck § 65 Anm. 3 B; Schlegelberger a.a.O.

83) wie vor; a.A. Godin § 65 Anm. 1o für Aktien, die ein Dritter für Rechnung der Gesellschaft erworben hat, da keine Abnahmepflicht der Gesellschaft besteht. Dies widerspricht aber der allgemeinen Gleichstellung des § 65 Abs. 6 mit den sonstigen Bestimmungen des § 65.

b) Unentgeltlicher Erwerb  
(§ 65 Abs.1 Satz 1 Nr.3 AktG)

Der unentgeltliche Erwerb voll bezahlter Aktien ist zulässig, da damit keine Gefährdung der Gläubiger und der Aktionäre verbunden ist. Bei diesem Erwerb wird die Einlage nicht zurückgezahlt, weil kein Erwerbspreis entrichtet wird.<sup>84)</sup> Im übrigen stehen der Gesellschaft gem.

§§ 65 Abs. 7, 114, Abs. 6 AktG keine Rechte aus den eigenen Aktien zu. Bedenklich wäre der Erwerb nicht voll bezahlter Aktien, da hierdurch eine Vereinigung von Forderung und Schuld eintreten würde und die Weiterhaftung des Vormannes (§ 59 AktG) verloren ginge. Unentgeltlich ist der Erwerb nicht, wenn er zu Lasten der freien Rücklage oder des Reingewinns geht; dies ergibt sich schon aus dem Begriff der Unentgeltlichkeit, da der Leistung keine Gegenleistung gegenüberstehen darf.<sup>85)</sup>

c) Erwerb in Ausführung einer Einkaufskommission  
(§ 65 Abs.1 Satz 1 Nr.3 AktG)

Diese Ausnahme hat besonders für die Aktienbanken Bedeutung und ist bereits seit 1884 geltendes Recht. Bei Einkaufskommission von voll bezahlten Aktien, die allein von dieser Bestimmung betroffen werden, erwirbt der Kommissiö-<sup>86)</sup>när die eigenen Aktien zuerst zu Eigentum. Das ist unschädlich, da er sie kraft des Rechtsverhältnisses mit dem Kommittenten an diesen übertragen muß. Die Aktiengesellschaft darf die Kommission auch durch Selbsteintritt (§ 400 HGB) ausführen. Sie verkauft hier eigene Aktien, deren Veräußerung unbedenklich zulässig ist. Um die Kommission durch Selbsteintritt durchzuführen, muß es der Aktiengesellschaft darüber hinaus gestattet sein, zur Deckung eigene Aktien zu erwerben. Die hierbei auftretende Rechtslage unterscheidet sich nicht wesentlich von der

84) Fischer § 65 Anm. 12; Hueck § 65 Anm. 3 C; Schlegelberger § 65 Anm. 10

85) Schlegelberger a.a.O.

86) Fischer § 65 Anm. 22

bei einer gewöhnlichen Einkaufskommission.<sup>87)</sup>

Bezüglich der Verkaufskommission bedurfte es keiner gesetzlichen Regelung. Die Aktiengesellschaft kann als Verkaufskommissionärin auftreten, da sie, abgesehen von dem Fall des Selbsteintritts (§ 400 HGB), kein Eigentum an den veräußerten Aktien erwirbt. Die Gesellschaft überträgt vielmehr das Eigentum an den Aktien, das dem Verkaufskommittenten zusteht, unmittelbar an den Erwerber. Hiermit hat sich der Kommittent von vornherein einverstanden erklärt (§ 185 Abs. 1 BGB). Führt die Aktiengesellschaft allerdings die Verkaufskommission durch Selbsteintritt aus, erwirbt sie entgeltlich eigene Aktien. Dieser Erwerb ist deswegen nur zulässig, wenn er zur Abwendung eines schweren Schadens von der Gesellschaft geschieht.<sup>88)</sup> Unbeschadet dessen ist, wenn die Aktien voll bezahlt sind, der dingliche Erwerbsakt wirksam (§ 65 Abs. 3 Satz 1 AktG).

Die Ansprüche, die sich aus diesen Rechtsverhältnissen ergeben, wurden bereits oben behandelt, da sich die Rechtsstellung des Kommissionärs insoweit in die eines Käufers gewandelt hat.

Führt die Aktiengesellschaft trotz Verbots eine Einkaufskommission über nicht voll bezahlte eigene Aktien aus, so sind sowohl der dingliche Erwerbsvorgang, als auch der Kommissionsvertrag als schuldrechtliches Geschäft nichtig. Der Verkäufer ist Eigentümer der Aktien geblieben und kann diese mit dem Herausgabeanspruch nach § 985 BGB und mit dem Bereicherungsanspruch nach § 812 ff. BGB zurückfordern. Der gutgläubige Kommittent kann Eigentum erwerben (§ 61 Abs. 2 AktG). Der Verkäufer hat dann gegen den Kommissionär, die Gesellschaft, einen Anspruch gem. § 816 BGB.

---

87) Fischer § 65 Anm. 13; Hueck § 65 Anm. 3 C b; Schlegelberger § 65 Anm. 11

88) wie vor; Godin § 65 Anm. 5

d)

## Erwerb zur Einziehung

(§ 65 Abs.2 AktG)

Diese Art des Erwerbs eigener Aktien ist für die Gläubiger der Gesellschaft gefahrlos, da die Einhaltung der Vorschriften über die Kapitalherabsetzung sie ausreichend schützen. Geschieht die Einziehung in der Form der ordentlichen Kapitalherabsetzung (175 ff. AktG), wobei insbesondere der Gläubigerschutz in § 178 AktG zu beachten ist, also der Erwerbspreis erst nach Ablauf einer Sperrfrist gezahlt werden darf und den Gläubigern, die sich rechtzeitig gemeldet haben, Befriedigung oder Sicherheit gewährt wurde, können auch nicht voll bezahlte Aktien zum Zwecke dieser Einziehung erworben werden. Soll jedoch nach den Vorschriften des § 192 Abs. 3 und 4 AktG eingezogen werden, müssen die Aktien voll bezahlt sein (§ 192 Abs. 3 AktG).<sup>89)</sup>

3.

## Inpfandnahme eigener Aktien

(§ 65 Abs.4 AktG)

§ 65 dehnt in Abs. 4 die grundsätzliche Verbotsregelung für den Erwerb eigener Aktien auf die Inpfandnahme von eigenen Aktien aus.

Verboten ist die Inpfandnahme eigener Aktien. Eine Sicherungsübereignung fällt nicht hierunter, da sie Erwerb ist und nach außen Volleigentum an den eigenen Aktien vermittelt.<sup>90)</sup>

Daß für die Sicherungsübereignung von eigenen Aktien keine besonderen Regelungen gelten können, folgt schon daraus, daß sogar die Inpfandnahme dem Erwerb gleichgestellt ist.

Unter Inpfandnahme ist nur die Begründung eines vertraglichen Pfandrechts zu begreifen. Die Gesellschaft kann ein gesetzliches Pfandrecht wie auch ein Pfändungspfandrecht

---

89) Fischer § 65 Anm. 14; Hueck § 65 Anm. 4; Schlegelberger § 65 Anm. 12; Godin § 65 Anm. 6

90) vgl. RGZ 124, 73 ff.

an eigenen Aktien erwerben,<sup>91)</sup> da sie in diesen Fällen die eigenen Aktien nicht zum Pfand "nimmt". Nicht nur die Inpfandnahme zur Sicherung eines Kredits, den die Aktiengesellschaft dem Verpfänder gewährt hat, wird von dem Verbot erfaßt, sondern auch die Verpfändung als Dienstkaution von Angestellten.<sup>92)</sup> Unter das Verbot fällt weiter die Inpfandnahme auf Grund von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, etwa der der Banken (Ziff. 19 Abs.2), da die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht objektives Recht setzen, sondern ihre Bestimmungen nur kraft Unterwerfung der Parteien als Vertragsbestandteil wirksam werden.<sup>93)</sup> Auf schuldrechtliche Zurückbehaltungsrechte dehnt § 65 Abs. 4 AktG das Verbot nicht aus.<sup>94)</sup>

Nach dieser Bestimmung gelten die Ausnahmen für den Erwerb von eigenen Aktien auch für deren Inpfandnahme. Zur Abwendung eines schweren Schadens dürfen voll bezahlte und nicht voll bezahlte Aktien zum Pfand genommen werden. Zu beachten ist dabei, daß die Gesellschaft nicht ohne weiteres schon einen schweren Schaden erleidet, wenn sie die Forderung, die durch die Verpfändung eigener Aktien gesichert werden soll, bereits vorher erworben hatte. Man wird für die Gesellschaft, der eine Forderung schon zustand, als sie das Pfandrecht erwarb, eine schwere Gefahr eher anzunehmen haben, als wenn Pfandrecht und Forderung gleichzeitig erworben werden.<sup>95)</sup> Begrifflich kommt eine Inpfandnahme von Anteilen zum Zweck der Ausgabe von Beteiligungsaktien nicht in Frage.

Darüber hinaus ist die Inpfandnahme voll bezahlter Aktien, wenn sie unentgeltlich erfolgt (§ 65 Abs. 1, Ziff. 3 AktG), gestattet, also dann z.B., wenn ein Aktionär der Gesellschaft eigene Aktien für fremde Schuld verpfändet.<sup>96)</sup>

---

91) Fischer § 65 Anm. 19; Hueck § 65 Anm. 6 A; Schlegelberger § 65 Ahm. 19; Godin § 65 Anm. 9

92) Fischer a.a.O.; Schlegelberger a.a.O.; a.M. Teichmann § 65 Anm. 5

93) BGH 17, 1 (2)

94) Fischer § 65 Anm. 20; Hueck a.a.O.; Schlegelberger a.a.O.; Godin a.a.O.

95) Schlegelberger § 65 Anm. 20; Godin a.a.O.

96) Fischer § 65 Anm. 21

Die Wirkungen einer verbotswidrigen Pfandrechtsbestellung sind die gleichen, wie beim Erwerb von eigenen Aktien. Sind die Aktien voll bezahlt, so hat die Aktiengesellschaft an den eigenen Aktien ein Pfandrecht erworben (§ 65 Abs. 3 AktG), andernfalls nicht. Unabhängig von der Aktie kann der Anspruch auf den Gewinnanteil wirksam verpfändet werden.<sup>97)</sup>

Ist das dingliche Geschäft unwirksam, kann der Verpfänder gegen die Gesellschaft mit dem Herausgabeanspruch nach § 985 BGB vorgehen. Daneben steht ihm, wie auch in dem Falle, wenn das dingliche Geschäft wirksam ist, ein Bereicherungsanspruch nach §§ 812 ff. BGB zu, wobei jedoch zu beachten ist, daß durch die §§ 814, 817 Satz 2 BGB der Anspruch unter Umständen ausgeschlossen sein kann. Eine im Zusammenhang mit der Pfandrechtsbestellung an eigenen Aktien erfolgte Darlehenshingabe wird häufig – namentlich wenn der Aktiengesellschaft keine weiteren Sicherheiten gegeben werden – eine verschleierte Form der Einlagenrückgewähr (auf Zeit) darstellen und demgemäß nach § 52 AktG nichtig sein. Die Aktiengesellschaft könnte Herausgabe des Geldes (§ 985 BGB) bzw. über §§ 812 ff. BGB (wobei die §§ 814, 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen sind) Wiedereinzahlung des hingegebenen Betrages fordern.

#### 4. Rechte der Gesellschaft aus eigenen Aktien

Zulässig ist die Veräußerung eigener Aktien. Eine solche Veräußerung bemißt sich nach den allgemeinen gesetzlichen Regeln. Da auch die Anfechtungs- und Nichtigkeitsvorschriften eingreifen, muß die Aktiengesellschaft, wenn sie eigene Aktien veräußert hat und das Rechtsgeschäft nichtig ist oder wird, dem Verkäufer den Kaufpreis erstatten. Darin liegt keine unzulässige Rückgewähr der Einlage im Sinne des § 62 AktG.<sup>98)</sup> Die Aktiengesellschaft kann sich nicht vertraglich zu einem Wiederkauf dieser ver-

---

97) Fischer § 65 Anm. 22; Hueck a.a.O.

98) RGZ 68, 309 (310 ff.) für GmbH.; 88, 271 (272);  
Fischer § 52 Anm. 7; Schlegelberger § 52 Anm. 5

äußerten Aktien verpflichten, da insoweit die Regel der §§ 52 und 65 Anwendung finden.<sup>99)</sup> Im allgemeinen trifft die Aktiengesellschaft aber keine Veräußerungspflicht. Der Zeitpunkt der Veräußerung eigener Aktien richtet sich danach, wann sie ein gewissenhafter Geschäftsleiter vornehmen würde.<sup>100)</sup>

Der Gesetzgeber hat in den Abs. 1-6 des § 65 berücksichtigt, daß die tatsächlichen Verhältnisse eine Kompromißlösung erfordern und die rechtsdogmatischen Bedenken, die Aktiengesellschaft könne begrifflich nicht ihr eigenes Mitglied sein, zurückgestellt. In Abs. 7 ist ihnen voll Rechnung getragen und infolgedessen werden der Aktiengesellschaft sämtliche Rechte aus den eigenen Aktien abgesprochen, und zwar gleich, ob der Erwerb der Aktien zulässig war oder nicht.<sup>101)</sup>

Das für die Aktiengesellschaft bedeutendste Recht, das Stimmrecht, ist ihr damit versagt. Dies folgt aus § 65 Abs. 7 sowie aus § 114 Abs. 6 AktG. Da sich das Stimmrechtsverbot bei der Gesellschaft an die Rechtsperson knüpft, kann sie ihr Stimmrecht auch nicht durch einen Legitimationsaktionär ausüben lassen und nicht selbst als solcher für Aktien auftreten, die einem Dritten gehören.<sup>102)</sup>

Die Gesellschaft hat weiter kein Recht auf einen Gewinnanteil, was sich auf die Bemessung des Dividendensatzes auswirkt. Bei der Ausgabe von Gratisaktien kann die Gesellschaft für eigene Rechnung Anteile beziehen.<sup>103)</sup> Dagegen steht der Aktiengesellschaft bei der gewöhnlichen Kapitalerhöhung kein Bezugs-

---

99) Fischer a.a.O.

100) Fischer § 52 Anm. 3; § 65 Anm. 32; Hueck § 65 Anm. 9; Godin § 65 Anm. 7; Würdinger, Aktienrecht S. 60

101) Fischer § 65 Anm. 32; Schlegelberger § 65 Anm. 34; § 114 Anm. 24; Würdinger, Aktienrecht S. 58

102) Fischer § 65 Anm. 4, 32; Schlegelberger § 114 Anm. 25; Düringer-Hachenburg § 226 Anm. 32; Ruth JW 1930, 1374; a.M. Ritter § 65 Anm. 16 a

103) § 12 Abs. 1 des Gesetzes vom 23.12.1959 (BGBl. I 789)

recht zu. Das unmittelbare Bezugsrecht ist ihr verschlossen, weil sie begrifflich nicht eigene Aktien zeichnen kann; ein mittelbares Bezugsrecht kann ihr nicht eingeräumt werden, da dies mit § 65 Abs. 7 unvereinbar ist.<sup>104)</sup> Da die Gesellschaft kein Bezugsrecht hat, kann sie auch keines veräußern. Schließlich hat sie auch keinen Anteil am Abwicklungsüberschuß.<sup>105)</sup>

Das Gesetz sagt unmittelbar nichts über Rechte aus eigenen Aktien aus, die der Gesellschaft verpfändet wurden. Es gilt hier der vom Reichsgericht festgelegte Grundsatz, daß bei wirksamer Verpfändung die dem Verpfänder zustehenden Rechte aus den Aktien nicht berührt werden.<sup>106)</sup> Ist die Verpfändung unwirksam, stehen dem Verpfänder sowieso die Rechte aus den in seinem Eigentum gebliebenen Aktien zu. Eine Vereinbarung, daß während der Zeit der Pfandbestellung die Gesellschaft das Stimmrecht oder das Bezugsrecht haben soll, wäre wegen Verstosses gegen den Sinn der §§ 65 und 114 Abs. 6 AktG nichtig.

## 5. Wirtschaftliche Behandlung eigener Aktien

Gem. § 128 Abs. 2 Ziff. 2 AktG sind über eigene Aktien im Geschäftsbericht Angaben zu machen und nach § 131 Abs. 1 Buchstabe A Ziff. III 5 auf der Aktivseite der Bilanz sind eigene Aktien unter Angabe ihres Nennbetrages gesondert auszuweisen. Die Bewertung der eigenen Aktien ist streitig. § 133 Nr. 3 AktG läßt zu, daß eigene Aktien höchstens zu den Anschaffungskosten eingesetzt werden. Dies darf auch bei geringerem Wert getan werden, wenn nicht die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung Abschreibungen und

---

104) Fischer a.a.O. Schlegelberger a.a.O.; a.M. Godin § 65 Anm. 15, der das mittelbare Bezugsrecht nicht als Recht aus der Aktie ansieht, was aber deswegen nicht vertretbar ist, weil der Vertrag zwischen der Aktiengesellschaft und der zeichnenden Bank bzw. dem Bankenkonsortium als Vertrag zu Rechten der Aktionäre angesehen wird. Die Aktionäre werden mittelbar so gestellt, als ob sie dieses unmittelbare Recht aus der Aktie selbst ausüben würden. Hueck § 153 Anm. 4 B; Schlegelberger § 153 Anm. 13

105) RGZ 103, 64 (66) für GmbH.

106) RGZ 157, 53 (55) für GmbH.

Wertberichtigungen notwendig machen. Wie allerdings die Bewertung der Aktien erfolgt, richtet sich nach kaufmännischen Gesichtspunkten. Adler-Düring sind der Ansicht, daß eine Bewertung der Aktien nach dem Niederstwertprinzip automatisch zu einer vollständigen Abschreibung der eigenen Aktien führt, wenn ihnen kein Wert mehr beizulegen ist.<sup>107)</sup> Nach dem Niederstwertprinzip werden eigene Aktien zu zwei verschiedenen Höchstwerten bewertet, die alternativ gelten. Sie müssen aber mit dem niedrigeren Wert in die Bilanz eingesetzt werden. Der eine Höchstwert ist der Anschaffungspreis, also der Kaufpreis für die eigenen Aktien, und der andere der Börsenpreis, der Kurs, zu dem die Aktien zum Bewertungsstichtag wieder veräußert werden könnten. Geben beide Werte zum Stichtag unterschiedliche Zahlen, so müssen die Aktien zum niedrigeren Wert in die Bilanz aufgenommen werden. Man kann sie aber nach ihrem tatsächlichen Wert auch noch niedriger ansetzen.<sup>108)</sup>

## II. Erwerb und Inpfandnahme von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch ein abhängiges Unternehmen

§ 65 Abs. 5 AktG dehnt das Erwerbsverbot für Aktien der herrschenden Gesellschaft auch auf abhängige Unternehmen aus. Was unter dem Begriff des abhängigen Unternehmens zu verstehen ist, wird später behandelt werden. Hier sollen lediglich die Rechtswirkungen erörtert werden, wenn ein abhängiges Unternehmen Aktien der herrschenden Gesellschaft erwirbt oder zum Pfand nimmt.

Durch § 65 Abs. 5 AktG wird der Erwerb von Aktien des abhängigen Unternehmens durch die herrschende Gesellschaft nicht untersagt. Dies steht seit Ablehnung der Einheits-theorie, nach der herrschendes und abhängiges Unternehmen zusammen als eine Gesellschaft gelten, fest.<sup>109)</sup>

---

107) Adler § 133 Anm. 178 ff.; so auch Heinen Band I S.143;

108) Trumpler S. 93, 100; Hueck § 133 Anm. 5

109) RGZ 115, 246 (253)

Das Aktiengesetz geht davon aus, daß ein abhängiges Unternehmen nur Werkzeug des herrschenden ist.<sup>110)</sup>

Von § 65 wird nur der abgeleitete Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch das abhängige Unternehmen betroffen, der ursprüngliche Erwerb ist in § 51 Abs. 2 geregelt.<sup>111)</sup> Erwerb und Inpfandnahme durch das abhängige Unternehmen werden dem Erwerb und der Inpfandnahme durch die herrschende Gesellschaft gleichgestellt. Das abhängige Unternehmen darf also Aktien der herrschenden Gesellschaft erwerben oder zum Pfand nehmen, wenn es die herrschende Gesellschaft ebenfalls dürfte.

Die Ausnahmebestimmung, daß der Erwerb von voll bezahlten und nicht voll bezahlten Aktien der herrschenden Gesellschaft zulässig ist, wenn ein schwerer Schaden droht, ist dann erfüllt, wenn die herrschende Gesellschaft und nicht wenn das abhängige Unternehmen diesen Schaden zu gewärtigen hat.<sup>112)</sup> Desweiteren ist der Erwerb zum Zwecke der Ausgabe von Belegschaftsaktien durch die herrschende Gesellschaft gestattet. Das abhängige Unternehmen darf Aktien des herrschenden in diesen Fällen bis zur Höchstgrenze von 10 v.H. des Grundkapitals der herrschenden Gesellschaft erwerben oder im ersten Fall zum Pfand nehmen. In diese 10 % werden die oben auf Seite 24 aufgeführten Aktien mit eingerechnet.

Das abhängige Unternehmen darf des weiteren voll bezahlte Aktien der herrschenden Gesellschaft erwerben oder zum Pfand nehmen, wenn dies unentgeltlich geschieht oder eine Einkaufskommission ausgeführt wird.<sup>113)</sup>

---

110) Schlegelberger § 65 Anm. 22

111) Hueck § 65 Anm. 7; Schlegelberger a.a.O.

112) Fischer § 65 Anm. 23; Hueck a.a.O.; Schlegelberger § 65 Anm. 23; a.M. Godin § 65 Anm. 10: Die Ansicht kann aber nicht richtig sein, da das abhängige Unternehmen auch Personalgesellschaft sein kann und so kein Grund- oder Stammkapital aufweist; Hueck a.a.O.

113) Fischer a.a.O.; Gadow § 65 Anm. 20; a.M. Schlegelberger § 65 Anm. 24. Die Auffassung von Schlegelberger ist zu eng. Es bedeutet ebensowenig eine Gefahr, wenn das abhängige Unternehmen voll bezahlte Aktien des herrschenden Unternehmens erwirbt, als wenn dies die herrschende Gesellschaft selbst tut.

Gem. § 192 AktG ist für die erleichterte Form der Einziehung der Aktien Voraussetzung, daß die Gesellschaft die Aktien erworben hat. Schlegelberger hält deswegen die Ausnahmevorschrift für den Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft auf die abhängige Gesellschaft nicht für anwendbar.<sup>114)</sup> Es bestehen aber keine Bedenken, wenn das abhängige Unternehmen die Aktien des herrschenden auf Grund des Kapitalherabsetzungsbeschlusses der herrschenden Gesellschaft erwirbt, um sie dieser zur Einziehung zur Verfügung zu stellen.<sup>115)</sup>

#### 1. Die Wirksamkeit eines Erwerbs

Die Rechtsfolgen eines verbotswidrigen Erwerbs sind die gleichen, wie wenn die Gesellschaft selbst eigene Aktien erworben hätte (§ 65 Abs. 3 AktG). Zu beachten ist, daß bei zulässigem Erwerb von nicht bezahlten Aktien der herrschenden Gesellschaft durch das abhängige Unternehmen keine Vereinigung von Forderung und Schuld eintritt. Auch eine etwaige Haftung des Vormannes wird durch einen solchen Erwerb nicht berührt.<sup>116)</sup>

Das schuldrechtliche Geschäft ist in jedem Fall - unbeachtlich dessen, ob der dingliche Erwerb wirksam ist oder nicht - wenn ein verbotener Erwerb vorliegt, unheilbar nichtig. Dies ist aus der ausdrücklichen Gleichstellung des Erwerbs von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch ein abhängiges Unternehmen mit dem Erwerb von eigenen Aktien durch die herrschende Gesellschaft selbst zu entnehmen. Eine Rückgewähr der Einlage der herrschenden Gesellschaft ist bei Ablehnung der Einheitstheorie nicht gegeben, sondern die abhängige Gesellschaft ist in diesem Sinne Dritte. Sie dürfte also aus dem Gesichtspunkt des

---

114) Schlegelberger § 65 Anm. 25

115) Fischer a.a.O.; Godin a.a.O.

116) Fischer § 65 Anm. 11 und 23; Schlegelberger § 65 Anm. 23; Adler § 128 Anm. 53

§ 52 AktG allein die Aktien erwerben.<sup>117)</sup> Die Rechtsfolgen und Ansprüche sind die bei der herrschenden Gesellschaft oben beschriebenen.

Boesebeck hat im Rahmen seiner Erörterungen der wechselseitigen Beteiligungen<sup>118)</sup> auf folgendes hingewiesen: Besteht die Abhängigkeit durch Beteiligung des Ober- an dem Unterunternehmen, so bedeutet ein Ankauf von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch das abhängige Unternehmen eine mittelbare Rückgewähr der Einlage. Ist z.B. die herrschende Gesellschaft an dem abhängigen Unternehmen mit 60 % beteiligt, würde ein Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch das abhängige Unternehmen in Höhe von 10 v.H. eine mittelbare Rückgewähr der Einlage des herrschenden Unternehmens von 6 % bedeuten. Damit entstünde eine Gefahr, wenn die abhängige Gesellschaft Aktien der herrschenden nach entsprechender Anwendung der Ausnahme in Abs. 1 des § 65, also zur Abwendung eines schweren Schadens erwirbt. Dieser Gefahr hat das Aktiengesetz vorgebeugt. Es läßt einen Erwerb eigener Aktien bis zur Höhe von 10 v.H. des Grundkapitals der herrschenden Gesellschaft zu. Sollte die herrschende Gesellschaft an dem abhängigen Unternehmen mit 100 % beteiligt sein, so wäre die mittelbare Einlagenrückgewähr nicht größer, als wenn die herrschende Gesellschaft selbst eigene Aktien erwerben würde; in allen anderen Fällen sogar niedriger, da der herrschenden Gesellschaft lediglich der Prozentsatz an den von dem abhängigen Unternehmen erworbenen Aktien zugerechnet werden kann, mit

---

117) Fischer § 65 Anm. 23; Fischer § 65 Anm. 6 wendet sich gegen die Auffassung von Düringer-Hachenburg § 213 Anm. 9, der feststellt, daß bei entgeltlichem Erwerb eigener Aktien keine Rückgewähr der Einlage durch das abhängige Unternehmen erfolgt und meint, daß auf Grund der Einführung der §§ 51, 65 Abs. 5 im Rahmen des Gläubigerschutzes eine weitgehende Gleichstellung zwischen dem herrschenden und dem abhängigen Unternehmen vorgenommen wurde und demzufolge das Verbot des § 52 auch für Leistungen eines abhängigen Unternehmens an den Aktionär des herrschenden Unternehmens gelte. Damit kann aber nur die Rechtswirkung gemeint sein, nicht der Tatbestand der Rückgewähr an sich. Schlegelberger § 52 Anm. 6; Godin § 52 Anm. 10; Ruth S. 39

118) Boesebeck, Verflechtung

dem sie an dem Grund- oder Stammkapital der abhängigen Gesellschaft beteiligt ist.

## 2. Rechte des abhängigen Unternehmens aus Aktien der herrschenden Gesellschaft

Rechte können dem abhängigen Unternehmen aus den Aktien der herrschenden Gesellschaft nur zustehen, wenn der Erwerb wirksam war (§ 65 Abs. 1-3 AktG). Ist der Erwerb unwirksam, so ist der Veräußerer der Aktien Eigentümer geblieben; ihm stehen auch die Rechte zu. Die Vorschrift des Abs. 7, die der herrschenden Gesellschaft alle Rechte aus eigenen Aktien abspricht, ergreift nicht die Ausübung der Rechte aus den Aktien durch das abhängige Unternehmen. Hierfür gelten die §§ 51 Abs. 2 und 114 Abs. 6 AktG.

Nach § 51 Abs. 2 darf das abhängige Unternehmen aus den Aktien der herrschenden Gesellschaft nicht das (unmittelbare oder mittelbare) Bezugsrecht ausüben; es kann es jedoch durch Veräußerung verwerten.<sup>119)</sup>

Auf Grund des § 114 Abs. 6 hat das abhängige Unternehmen in der Hauptversammlung des herrschenden kein Stimmrecht, um zu verhindern, daß die Verwaltung des herrschenden Unternehmens über den Vorstand des abhängigen in die eigene Hauptversammlung hineinregiert und sich somit (mittelbare) Verwaltungsstimmen schafft. Alle darüber hinausgehenden Rechte aus den Aktien der herrschenden Gesellschaft hat das abhängige Unternehmen.<sup>120)</sup>

---

119) Fischer § 65 Anm. 34; Schlegelberger § 65 Anm. 35; Adler § 128 Anm. 56; a.A. Würdinger, Aktienrecht S. 58

120) Insoweit ist die frühere Rechtsprechung auch heute noch gültig (RGZ 103, 64 (67); 115, 246 (253); 149, 305 (311)). Das Stimmrecht ist durch das Aktiengesetz abgeschafft worden.

### III.

#### Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch einen Dritten für ihre Rechnung oder der eines abhängigen Unternehmens

Wirtschaftlich ist der Abs. 6 in erster Linie auf Banken oder Konsortien zugeschnitten, die für Rechnung der Gesellschaft oder eines von ihr abhängigen Unternehmens Aktien der Gesellschaft erwerben oder zum Pfand nehmen. Der Begriff "Erwerb" ist derselbe, wie bei der Gesellschaft und beim abhängigen Unternehmen; es soll nur der abgeleitete nicht der ursprüngliche Erwerb (§ 51 Abs. 1 AktG) erfaßt werden.

Nach dem Wortlaut muß der Dritte für Rechnung der Gesellschaft oder des abhängigen Unternehmens erwerben. Ein Erwerb für Rechnung der Gesellschaft oder eines abhängigen Unternehmens liegt immer dann vor, wenn das wirtschaftliche Ergebnis zu Lasten der Unternehmen gehen soll, d.h. diese mittelbar oder unmittelbar das Risiko des Geschäfts trifft. Die rechtliche Einkleidung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Erwerber und den Gesellschaften ist ohne Bedeutung. Der Dritte muß in eigenem Namen handeln; handelt er im Namen der Gesellschaft, liegt ein unmittelbarer Erwerb durch diäse vor (§ 164 ff. BGB), auf den die Abs. 1-4 unmittelbar anzuwenden sind.

Als Rechtsverhältnisse zwischen dem Dritten und der Gesellschaft kommen insbesondere in Betracht Einkaufskommission, Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag, Gesellschafterverhältnis u.ä.; auch die Beteiligung der Gesellschaft an einem Konsortium zur Übernahme der Aktien gehört dazu.<sup>121)</sup> Es ist nicht notwendig, daß der Erwerb des Dritten im ganzen zu Lasten der Gesellschaft geht, es genügt, wenn diese nur einen Teil des wirtschaftlichen Risikos tragen soll.<sup>122)</sup> Besteht zwischen 2 Unter-

---

121) Fischer § 65 Anm. 26, 27; § 51 Anm. 2; Schlegelberger § 51 Anm. 3; § 65 Anm. 29; Godin § 65 Anm. 12; Adler § 128 Anm. 54

122) Schlegelberger § 52 Anm. 3

nehmen Gewinnngemeinschaft, so erfolgt der Erwerb der Aktien des einen durch das andere stets zu Lasten der anderen Gesellschaft.<sup>123)</sup> Ausreichend ist auch eine nachträgliche Vereinbarung, nach der der Erwerb zu Lasten der Gesellschaft gehen soll.<sup>124)</sup>

Nicht betroffen von der Regelung des § 65 Abs. 6 werden Rechtsgeschäfte der Gesellschaft mit einem Dritten, für ihre Rechnung Aktien eines von ihr abhängigen Unternehmens zu beschaffen.<sup>125)</sup>

Handelt ein abhängiges Unternehmen für Rechnung der herrschenden Gesellschaft, so sind sowohl Abs. 5 als auch Absatz 6 einschlägig,<sup>126)</sup> denn, einmal soll verhütet werden, daß die herrschende Gesellschaft sich eines abhängigen Unternehmens bedient, um Einfluß auf ihre Hauptversammlung zu nehmen und zum anderen ist die Einlagenrückgewähr auch einem abhängigen Unternehmen verboten.

#### 1. Die Wirksamkeit eines Erwerbs

Das Gesetz trifft nur die Beziehungen zwischen dem Dritten und der Gesellschaft oder dem abhängigen Unternehmen, nicht aber die zwischen dem Dritten und dem Veräußerer der Aktien. Dieses Geschäft ist grundsätzlich wirksam und wird von einem Verstoß gegen die Vorschriften des § 65 AktG nicht beeinflusst. Auch ist der Veräußerer der Aktien nicht Empfänger der zurückgewährten Einlage, sondern der Dritte.<sup>127)</sup>

Der Dritte wird Eigentümer der Aktien. Hat er die Aktien an die Gesellschaft oder das abhängige Unternehmen zu Eigentum übertragen, erwerben diese die Aktien, wenn die Einlage auf sie voll geleistet ist (§ 65 Abs. 3 AktG),

---

123) Schlegelberger § 65 Anm. 29; Würdinger, Aktienrecht S. 57

124) Fischer § 65 Anm. 26; Schlegelberger a.a.O.; Adler a.a.O.

125) Schlegelberger § 65 Anm. 32

126) Fischer § 65 Anm. 25; Hueck § 65 Anm. 7; Schlegelberger § 65 Anm. 22

127) Godin a.a.O.

andernfalls bleibt das Eigentum bei dem Dritten, wenn nicht der Aktiengesellschaft oder dem abhängigen Unternehmen der Erwerb der Aktien gestattet ist.

Soweit die Aktiengesellschaft dem Dritten den Erwerbspreis zahlt, gewährt sie unzulässigerweise Einlagen zurück, sofern der Erwerb der Aktien nicht zulässig war. Das Erfüllungsgeschäft ist daher unwirksam; die Aktiengesellschaft kann gem. § 985 BGB den hingegebenen Betrag herausverlangen. Das gleiche gilt für die abhängige Gesellschaft kraft ausdrücklicher Bestimmung des § 65 Abs. 5 AktG.

Der Dritte kann, wenn die Aktiengesellschaft oder das abhängige Unternehmen die Aktien nicht über § 65 Abs. 3 AktG wirksam erworben haben, ebenfalls mit dem Herausgabeanspruch nach § 985 BGB vorgehen.

Das schuldrechtliche Geschäft zwischen dem Dritten und der Aktiengesellschaft bzw. dem abhängigen Unternehmen ist unheilbar nichtig, wenn der Erwerb nicht zugelassen war. Die Aktiengesellschaft oder das abhängige Unternehmen können daher den dem Dritten erbrachten Erwerbspreis gem. §§ 812 ff. BGB (worauf §§ 814, 817 Satz 2 BGB nicht anwendbar sind) kondizieren. Da das schuldrechtliche Geschäft nichtig ist, stehen auch dem Dritten Bereicherungsansprüche zu (§§ 812, 814, 817 BGB). Auf Grund dieser Kondiktionsansprüche haben auch die Aktiengesellschaft bzw. das abhängige Unternehmen wirksam erworbene Aktien zurückzuübertragen.

Hat keine der beiden Seiten eine Leistung erbracht, stehen ihnen auch keine Ansprüche gegeneinander zu. Da der Dritte die Aktien erworben hat, weil seine Rechtsbeziehungen zu dem Veräußerer der Aktien nicht berührt werden, haftet er bei nicht voll eingezahlten Aktien der Gesellschaft auf die Einzahlung der Resteinlage.<sup>128)</sup> Gegenüber

---

128) Fischer § 65 Anm. 28; Schlegelberger § 65 Anm. 30, 31

diesem Anspruch kann er keine Einwendungen aus dem nichtigen Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und ihm erheben; das wäre ein Verstoß gegen § 60 AktG.<sup>129)</sup>

Die für die oben angegebenen Rechtsverhältnisse entwickelten Rechtsfolgen müssen auch für die Geschäftsführung ohne Auftrag gelten, da die Gesellschaft oder das abhängige Unternehmen auch hier die Lasten des Erwerbs tragen würde (§§ 683 ff. BGB).<sup>130)</sup>

Nimmt der Dritte die Aktien nur zum Pfand, so treten die entsprechenden Rechtswirkungen ein. Das Rechtsgeschäft zwischen der Gesellschaft und dem Dritten ist nichtig, soweit die Inpfandnahme gegen die Abs. 1, 2, 4, 5 verstößt.

## 2.

### Die Kursgarantie

Im Gegensatz zu § 226 Abs. 3 HGB in der Fassung der Aktienrechtsverordnung ist in § 65 AktG das Verbot des Erwerbs von Aktien der Gesellschaft durch einen anderen, wobei die Gesellschaft einen gewissen Kurs garantiert, nicht übernommen. Eine solche Kursgarantie ist deswegen nicht etwa erlaubt, denn die Übernahme fällt unter die verbotene Zusage einer Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG). Sie ist also nichtig, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eine volle Kursgarantie (Gewährleistung eines bestimmten Erlöses) oder um eine Teilkursgarantie (Gewährleistung eines Teils eines bestimmten Kurses, z.B. Beteiligung zu einem gewissen Prozentsatz an einem Verlust durch Veräußerung unter dem gewährleisteten Kurs) handelt.<sup>131)</sup> Die Frage, ob die Kursgarantie unter den weiteren Begriff des Erwerbs für Rechnung der Gesellschaft oder eines abhängigen Unternehmens fällt, braucht nicht entschieden zu werden. An sie knüpfen sich

---

129) Fischer § 65 Anm. 29; Ritter § 65 Anm. 13 d; a.M. Düringer-Hachenburg § 226 Anm. 39

130) Fischer § 65 Anm. 27

131) Fischer § 65 Anm. 30; Schlegelberger § 65 Anm. 29

keine sachlichen Folgerungen.

Eine Kursgarantie zuzulassen, wenn der Erwerb für Rechnung der Gesellschaft oder eines abhängigen Unternehmens zulässig wäre, ist nicht vertretbar. Bei der Kursgarantie für einen Ankauf von Aktien erwirbt der Garant nicht einmal die angeschafften Stücke, er ist lediglich durch den Erwerb belastet. Bei einer Verkaufsgarantie kann es sich begrifflich nicht um ein Weniger des Erwerbs handeln.<sup>132)</sup>

3. Rechte des Dritten aus Aktien, die für Rechnung der Gesellschaft oder eines abhängigen Unternehmens erworben wurden

Soweit die Vorschrift des § 114 Abs. 6 AktG eingreift, ist die Rechtslage klar: Das Stimmrecht kann nicht für Aktien ausgeübt werden, die einem anderen für Rechnung der Gesellschaft oder des abhängigen Unternehmens gehören. Stehen die Aktien dem herrschenden oder einem abhängigen Unternehmen zu (§ 65 Abs. 3, 5 AktG), obwohl sie für deren Rechnung erworben wurden, so bestimmt der § 65 Abs. 7 in Verbindung mit bzw. allein § 114 Abs. 6 AktG, daß die Unternehmen kein Stimmrecht haben.

Bezüglich der übrigen Rechte heißt es in § 65 Abs. 7 Satz 2 AktG: "Gleiches gilt für Aktien, die ein anderer für Rechnung der Gesellschaft erworben hat." Das Wort "Gleiches" kann sich nur auf den Dritten beziehen, muß also heissen, daß ihm keine Rechte aus solchen Aktien zustehen; denn daß die Gesellschaft keine Rechte aus ihnen hat, ist in § 65 Abs. 7 Satz 1 AktG bereits festgelegt.<sup>133)</sup> Zu den Aktien, die ein anderer für Rechnung der Gesellschaft erworben hat, gehören alle diejenigen, die er vom Veräußerer für Rechnung der Gesellschaft erwarb, wie auch die, die er ursprünglich für eigene Rechnung anschaffte, durch nachträgliche Vereinbarung jedoch

---

132) a.M. Godin § 65 Anm. 14

133) Fischer § 65 Anm. 35; Schlegelberger § 65 Anm. 35

für Rechnung der Gesellschaft hält; ferner Aktien, die die Gesellschaft selbst erworben und an den Dritten mit der Abrede veräußert hat, daß sie diesem für Rechnung der Gesellschaft gehören sollen.<sup>134)</sup>

Unbeachtlich ist dabei, ob die Abrede zwischen der Gesellschaft und dem Dritten zulässig war oder nicht, also ob ein Ausnahmefall vorgelegen hat. Ist das Rechtsverhältnis zwischen dem Dritten und der Gesellschaft nichtig, da der Erwerb durch die Gesellschaft unzulässig gewesen wäre, so besitzt der Dritte zwar nicht die Aktien für die Gesellschaft, hat sie aber für Rechnung der Gesellschaft, d.h. mit dem entsprechenden Willen erworben. Dies genügt für Abs. 7. Daß das Rechtsverhältnis zwischen dem Unternehmen und dem Dritten nichtig ist, reicht nicht aus, den Erwerb als nicht mehr für Rechnung der Gesellschaft gelten zu lassen. Erst wenn vertraglich mit der Gesellschaft vereinbart wurde, daß der Dritte nunmehr die Aktien für eigene Rechnung hält, erlangt er die Rechte aus den Urkunden.<sup>135)</sup>

Der Ausschluß aller Rechte gilt nur für Aktien, die für Rechnung der Gesellschaft selbst erworben wurden. Soweit Aktien für Rechnung des abhängigen Unternehmens beschafft wurden, darf der Dritte zwar nicht das Stimmrecht ausüben (§ 114 Abs. 6 AktG), doch stehen ihm die sonstigen Rechte aus den Aktien zu, insbesondere hat er Anspruch auf Rein Gewinn und ein Bezugsrecht.<sup>136)</sup>

Besitzt der Dritte selbst Aktien der Gesellschaft, so kann er in der Hauptversammlung mitstimmen, da sich das ausgesprochene Verbot an die Besonderheit des Aktienerwerbs knüpft. Einem derartigen Erwerb ist nicht eine solche Bedeutung beizumessen, daß man dem Dritten auch in anderen Fällen das Stimmrecht versagen müßte. Damit kann der Dritte ebenfalls als Legitimationsaktionär oder als

---

134) Schlegelberger a.a.O.

135) Fischer a.a.O.; § 51 Anm. 5; Schlegelberger a.a.O.

136) Schlegelberger a.a.O.

Bevollmächtigter für einen anderen auftreten.<sup>137)</sup>

#### IV. Zusammenfassung

Der Erwerb eigener Aktien bringt Gefahren für die Gläubiger, die Aktiengesellschaft und deren Aktionäre mit sich.

Am augenfälligsten ist die Gefährdung der Gläubiger, denen durch die Rückgewähr der Einlage an Aktionäre das haftende Kapital der Gesellschaft verkleinert bzw. vollkommen entzogen wird.

Für die Aktionäre besteht die Gefahr darin, daß diejenigen, deren Aktien zurückgekauft werden, eine Bevorzugung erfahren können. Eine Grundkapitalherabsetzung würde alle Beteiligten gleichmäßig treffen, während ein Rückkauf eigener Aktien einzelne besser stellt. In der Regel werden den einflußreichen Aktionären der Gesellschaft, namentlich den Großaktionären, Aktien abgenommen, wenn die Kurse am freien Markt bereits so tief gesunken sind, daß sich eine Krise abzuzeichnen beginnt und bei freihändigem Verkauf der Wertpapiere mit einem Verlust gerechnet werden muß. Der Preis, der für eigene Aktien gezahlt wird, ist meist höher als der Markt- bzw. Börsenpreis. Die Großaktionäre sind so aus dem Kapitalrisiko entlassen. Das Risiko der übrigen Anteilsinhaber vergrößert sich, da ein Teil der Mittel der Gesellschaft zum Ankauf eigener Aktien verwendet wurde und den Passiven nur noch verringerte Aktiven gegenüberstehen.<sup>138)</sup>

Dies ist zugleich eine Gefahr, der die Gesellschaft selbst durch den Ankauf eigener Aktien ausgesetzt ist. Statt sicherer Vermögenswerte erlangt die Aktiengesellschaft meistens weniger wertvolle eigene Aktien, deren Kursschwund sie darüber hinaus noch trifft. Tritt ein weiterer Kursverlust ein, so wird die Gesellschaft, um die Kurse zu stützen und ihr Ansehen und ihren Kredit zu

---

137) Schlegelberger § 114 Anm. 25

138) Würdinger, Aktienrecht S. 56; Ruth S. 24 ff.

retten, wiederum eigene Aktien aufkaufen und damit das Übel verschlimmern.<sup>139)</sup>

Mit den eigenen Aktien könnte der Vorstand der Gesellschaft auf die eigene Hauptversammlung Einfluß nehmen und unter Umständen Entscheidungen herbeiführen, die freie Aktionäre, denen das Kapitalrisiko aufgebürdet ist, benachteiligen.

Der Gesichtspunkt der sog. Verwaltungsstimmen trug zur Schaffung des § 226 Abs. 4 HGB in der Fassung der Aktienrechtsverordnung von 1931 und zur Übernahme der Bestimmung in das Aktiengesetz (§§ 15 Abs. 2, 51 Abs. 2, 65 Abs. 5, 114 Abs. 6) bei. Es sollte vermieden werden, daß die Aktiengesellschaft die Bestimmungen über eigene Aktien umgeht.

Mit der zunehmenden Konzernverflechtung durch die Ausweitung der deutschen Wirtschaft hatten sich schon in den zwanziger Jahren die größeren Gesellschaften kleinere Unternehmen angegliedert, die unter ihrem Einfluß standen und ihren Weisungen folgen mußten.<sup>140)</sup> Die Geschäftspolitik wurde von der Konzernspitze allein betrieben. Dem trägt § 15 Abs. 2 AktG in Verbindung mit den einzelnen Normen Rechnung, nach denen die abhängige Gesellschaft in der Regel als unselbständiges Gebilde betrachtet wird und ihre Handlungen denen der herrschenden gleichgestellt werden.

#### C. Das abhängige Unternehmen

Der Gesetzgeber hat in § 15 Abs. 2 AktG den Begriff des herrschenden und des abhängigen Unternehmens abgegrenzt. Die Vorschrift steht unter der gesetzlichen Überschrift "Wesen des Konzerns und des Konzernunternehmens".<sup>141)</sup>

---

139) Würdinger a.a.O.

140) vgl. Friedländer S. 7, 8

141) RGBI. 1937 I S. 108

Sie enthält darüber hinaus eine Legaldefinition des Begriffs des "abhängigen Unternehmens" für das Aktiengesetz.<sup>142)</sup> Die gesetzliche Festlegung des "abhängigen Unternehmens" stammt aus § 226 Abs. 4 HGB in der Fassung der Aktienrechtsverordnung von 1931, der damaligen Regelung des Erwerbs eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft.<sup>143)</sup> Es ergibt sich daher aus der Geschichte des Aktiengesetzes, daß für die §§ 51 Abs. 2 und 65 Abs. 5, wie auch für § 114 Abs. 6 AktG, der nur eine Erweiterung der erstgenannten Vorschriften enthält, die Definition des "abhängigen Unternehmens" aus § 15 Abs. 2 AktG zu entnehmen ist. Die bisher behandelten Vorschriften sind Bestimmungen, die auf diese allgemeine Festlegung verweisen.

Die gesetzliche Normierung der Abhängigkeit zweier Unternehmen hängt eng mit dem in § 15 Abs. 1 AktG enthaltenen Konzernbegriff zusammen. Hinter der knappen Formulierung verbirgt sich eine Mannigfaltigkeit, die größer ist als sonst im Aktienwesen. Um den vielen Erscheinungsformen gerecht zu werden und den damit verbundenen Gefahren vorzubeugen, die im Grunde darauf beruhen, daß Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspraxis auseinanderfallen, bedurfte der Abs. 1 einer Ergänzung durch die Definition des Abhängigkeitsverhältnisses. Im Wesen des Konzerns liegt es, rechtlich selbständige Unternehmen zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammenzufassen, wobei die tatsächliche Bedeutung der rechtlichen Selbständigkeit manchmal so gering ist, daß sie kaum ins Gewicht fällt.

Gerade die Aktiengesellschaften sind für derartige Verflechtungen sehr anfällig. Ihr Wesen ermöglicht einen

---

142) so Schmidt - Meyer-Landrut in Fischer § 15 Anm. 6; Fischer § 65 Anm. 23; Hueck § 65 Anm. 7; § 114 Anm. 7 C; Schlegelberger § 15 Anm. 3; Godin § 65 Anm. 10; a.A. Würdinger, Aktienrecht S. 213, der für §§ 51 Abs. 2 und 65 Abs. 5 nur diejenigen Unternehmen als abhängige Gesellschaften gelten lassen will, deren Abhängigkeit auf Beteiligung beruht. Im übrigen (§§ 114 Abs. 6 und 137 Abs. II AktG) soll der Begriff des § 15 Abs. 2 gelten.

143) siehe oben S. 5

Wechsel des Kapitalbesitzes, ohne die Gesellschaft als solche zu berühren.

Wenn auch die Bestimmungen der Abs. 1 und 2 des § 15 AktG sich ergänzen, birgt nach gegenwärtigem Recht die Frage der Abhängigkeit von Unternehmen die größeren Probleme, weil der Gesetzgeber an den Konzernbegriff lediglich Vorschriften über die Publizität der Beziehungen des einzelnen Unternehmens zum Konzern geknüpft hat, während über Abs. 2 in den schon besprochenen §§ 51, 65, 114 AktG sehr einschneidende Maßnahmen für das Unternehmen selbst getroffen werden.

## I.

### Der Konzernbegriff

Schlegelberger<sup>144)</sup> umreißt den Konzern als Zusammenfassung mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung.

1. Es werden mehrere rechtlich selbständige Unternehmen vorausgesetzt, deren Rechtsform im einzelnen gleichgültig ist. Sie müssen keine Rechtspersönlichkeit, sondern rechtliche Selbständigkeit haben, so daß offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften, nicht rechtsfähige Vereine und Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, wie auch Einzelfirmen dazu gerechnet werden.<sup>145)</sup> Durch die Zusammenfassung zu einem Konzern verlieren die einzelnen Unternehmen nicht ihre rechtliche Selbständigkeit.<sup>146)</sup>
2. Die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung muß ein einheitliches Gebilde schaffen, das gegenüber der Leitung weisungsgebunden ist.<sup>147)</sup> Auf welchem Wege dies erreicht wird, ist rechtlich nicht entscheidend. Es können dieselben Mittel sein, durch die ein abhängiges

---

144) Schlegelberger § 15 Anm. 6

145) Schlegelberger § 15 Anm. 7

146) BGHZ 15, 382 (389); 22, 226 (234); Fischer § 15 Anm. 2

147) Fischer a.a.O.; Hauff S. 15

Unternehmen unter den beherrschenden Einfluß eines anderen gerät, also insbesondere Beteiligung,<sup>148)</sup> Stimmenmacht, vertragliche Beziehungen, persönliche Verbindungen, wobei nicht erforderlich ist, daß die Zusammenfassung rechtlich festgelegt wurde, wenn sie nur tatsächlich vorhanden ist.<sup>149)</sup> Besondere Merkmale für die gemeinsame Leitung sieht das Gesetz nicht vor. Die Leitung kann einem Unternehmen zustehen, das dem Konzern selbst angehört, sie kann ebensogut außerhalb des Konzerns zu finden sein. Nicht notwendig ist, daß die Leitung einem Unternehmen zusteht; auch Personen und Personengesamtheiten können einen Konzern leiten.<sup>150)</sup>

3. Die Zusammenfassung muß wirtschaftlichen Zwecken dienen. Dieser Begriff ist weit auszulegen.<sup>151)</sup>

## II. Das abhängige Unternehmen als Konzernunternehmen

Durch die Abhängigkeit im Sinn von § 15 Abs. 2 AktG wird ein Konzernverhältnis ohne weiteres begründet.<sup>152)</sup>

Folge ist, daß auch die Bestimmungen über die Konzernunternehmen auf herrschendes und abhängiges Unternehmen anwendbar sind.

Der Unterschied zwischen der Konzerngesellschaft nach § 15 Abs. 2 und der nach § 15 Abs. 1 AktG liegt lediglich darin begründet, daß für den ersteren Fall keine einheitliche Leitung erforderlich ist. Diese Voraus-

---

148) Haussmann, Aktienwesen S. 19

149) Fischer § 15 Anm. 4; Schlegelberger § 15 Anm. 8; Friedländer S. 151

150) Schlegelberger § 15 Anm. 8, 22

151) Fischer § 15 Anm. 2, 5

152) Fischer § 15 Anm. 4; Schlegelberger § 15 Anm. 1, 22; Godin § 15 Anm. vor 1 und 7, 8; Rasch, Konzernrecht S. 48; Friedländer a.a.O.; Hauff S. 16; etwas abweichend Würdinger, Aktienrecht S. 221

setzung wird in der Legaldefinition der abhängigen Gesellschaft in § 15 Abs. 2 nicht gefordert.<sup>153)</sup>

### III. Der Begriff des abhängigen Unternehmens

#### 1. Grundlegendes

Der Gesetzgeber faßte den Tatbestand der Abhängigkeit folgendermaßen: "Steht ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluß eines anderen Unternehmens, so gelten das herrschende und das abhängige Unternehmen zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen."

Es müssen zwei rechtlich voneinander verschiedene Unternehmen vorliegen,<sup>154)</sup> wie dies bei den einzelnen Konzernunternehmen der Fall ist. Auch bezüglich der Rechtsnatur der Unternehmen gilt das oben Gesagte. Das Gesetz verwendet im Gegensatz zum alten HGB den Begriff "Unternehmen" statt "Gesellschaften" und erweitert damit den Tatbestand gegenüber früher. Nach dem Wortlaut erstreckt er sich auch auf Fälle, wo ausschließlich andere Unternehmen als Aktiengesellschaften aneinander beteiligt sind.<sup>155)</sup> Andererseits gelten die Bestimmungen des Aktiengesetzes unmittelbar nur, wenn wenigstens eine Aktiengesellschaft an dem Konzern oder als herrschendes oder abhängiges Unternehmen beteiligt ist.<sup>156)</sup> In welchem Umfang eine Ausdehnung der Definition durch entsprechende Anwendung in anderen Rechtsgebieten möglich ist, braucht hier nicht untersucht zu werden, da dies für die folgenden Ausführungen ohne Belang ist.

Im Gegensatz zu dem Begriff der einheitlichen Leitung, die nicht von einem Unternehmen im beschriebenen Sinn ausgehen muß, kann die Herrschaft über ein abhängiges

---

153) Fischer § 15 Anm. 4; Hueck § 15 Anm. 3 E; Schlegelberger § 15 Anm. 22

154) Schlegelberger § 15 Anm. 11

155) Friedländer S. 36, 151

156) Schlegelberger § 15 Anm. 2; Würdinger, Aktienrecht S. 219

Unternehmen nur durch ein herrschendes im Sinne von § 15 Abs. 1 AktG ausgeübt werden. Personen und Personengesellschaften können, solange sie nicht als Unternehmen anzusehen sind, nicht herrschender Teil in einem durch § 15 Abs. 2 AktG begründeten Konzernverhältnis sein.<sup>157)</sup>

Für das beherrschte Unternehmen sind die gleichen Voraussetzungen aufzustellen.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß auch ausländische Gesellschaften hierzu zu rechnen sind. Es bestimmt sich nach den Grundsätzen des Internationalen Privatrechts, inwieweit die einzelnen Vorschriften über herrschende und abhängige Unternehmen, die auf die Definition des § 15 Abs. 2 AktG verweisen, auf ausländische Unternehmen auszudehnen sind.<sup>158)</sup>

Das Gesetz spricht davon, das abhängige Unternehmen müsse unter dem Einfluß des herrschenden stehen. Ausschlaggebend ist, ob das herrschende Unternehmen dem abhängigen seinen Willen aufzwingen kann.<sup>159)</sup> Es muß mehr als einen kontrollierenden Einfluß auf die Untergesellschaft haben, der nach Huber genügt.<sup>160)</sup> Zuzugeben ist ihm allerdings, daß eine vollständige Beherrschung des abhängigen Unternehmens nicht möglich sein muß, wenn die Obergesellschaft nur in der Lage ist, in allen wesentlichen Fragen ihren Willen durchzusetzen.<sup>161)</sup> Sonst würde der Wirklichkeitswert der Vorschrift sehr gemindert. Der Wille des herrschenden Unternehmens muß auch wirklich durchsetzbar sein und darf nicht etwa durch einen vom "abhängigen" Unternehmen ausgehenden Einfluß zunichte

---

157) Schlegelberger § 15 Anm. 22; Adler § 128 Anm. 121

158) Fischer § 15 Anm. 7; Hueck § 15 Anm. 3 B; Schlegelberger § 15 Anm. 12

159) RGZ 167, 40 (49); Haussmann, Tochtergesellschaft S. 53

160) Huber S. 419

161) Schlegelberger § 15 Anm. 13

gemacht werden können.<sup>162)</sup>

Der Einfluß muß von dem herrschenden Unternehmen als solchem ausgehen und sich auf das abhängige Unternehmen als solches beziehen. Nicht ausreichend ist, wenn Aktionäre oder Verwaltungsmitglieder persönlich einen beherrschenden Einfluß ausüben oder unter beherrschendem Einfluß stehen. Die Einwirkungsmöglichkeit, die sich auf das Unternehmen bezieht, braucht sich nicht zugleich auf Verwaltungsträger (Vorstand, Geschäftsführung, Aufsichtsrat) und das oberste Organ (Hauptversammlung, Gesellschafterversammlung) zu erstrecken. Die Beherrschung der Geschäftsführung kann genügen, wenn sie zu einer wirklichen Abhängigkeit des anderen Unternehmens führt. Nicht erforderlich ist hierzu, daß die Funktionen des anderen Unternehmens in allen Einzelheiten erfaßt werden; jedoch muß die Beherrschung allgemein sein und darf sich nicht auf einzelne Zweige des Geschäftsbetriebs beschränken.<sup>163)</sup>

Nicht als ausreichende Beherrschung ist es anzusehen, wenn sie nur vorübergehend ist; es muß sich vielmehr um einen Zustand von gewisser Dauer handeln.<sup>164)</sup> Schlegelberger ist darin nicht zu folgen, daß auch eine nur zufällige Beherrschung nicht den Tatbestand des § 15 Abs. 2 AktG erfüllen könnte. Eine durch Zufall entstandene Beherrschung kann auch von Dauer sein. Die Entstehung durch Zufall ändert nichts an dem tatsächlichen Zustand, daß die auf Zufall beruhende Einwirkungsmöglichkeit ausgenutzt wird. Als Kriterium für eine dauerhafte Beherrschung kann gelten, daß die Untergesellschaft am jederzeitigen Auseinandergehen von der Obergesellschaft gehindert ist.<sup>165)</sup>

---

162) siehe unten bei wechselseitigen Verflechtungen S. 85

163) Schlegelberger a.a.O.

164) Schlegelberger § 15 Anm. 8; einschränkend RGZ 167, 40 (49)

165) Schlegelberger a.a.O.

Die Abhängigkeit der einzelnen Unternehmen voneinander braucht wie beim Konzern rechtlich nicht festgelegt zu sein, es genügt, wenn sie auf tatsächlicher Grundlage beruht. Das verlangt der Zweck des § 15 Abs. 2 AktG, der sonst "gentlemen agreements" nicht erfassen würde. Die Nennung der Beteiligung als Mittel der Zusammenfassung ist nur eine beispielhafte Erwähnung und kann nicht dazu führen, daß es sich bei den übrigen Mitteln um ähnliche, also rechtlich festgelegte Tatbestände handeln muß.<sup>166)</sup> Im übrigen ergibt eine Beteiligung vom rechtlichen Standpunkt aus auch nur eine tatsächliche Abhängigkeit, weil eine rechtliche Bindung des abhängigen Unternehmens an das herrschende daraus nicht hervorgeht.<sup>167)</sup>

Erfaßt wird durch das Gesetz auch die Kettenabhängigkeit, denn eine unmittelbare Beherrschung wird nicht gefordert. Wenn die herrschende Gesellschaft das Tochterunternehmen und diese wiederum das Enkelunternehmen beherrscht, so gilt auch das Enkelunternehmen als von der herrschenden Gesellschaft abhängig.<sup>168)</sup>

§ 15 Abs. 2 AktG ist eine Abart des Konzerntatbestandes unter Abs. 1, d.h., alle Merkmale bis auf eine einheitliche Leitung, die in Abs. 1 Voraussetzung ist, müssen vorliegen. Die Abhängigkeit muß deshalb auch wirtschaftlichen Zwecken dienen. Würde man auf diese Voraussetzung verzichten, so käme man zu zwei verschiedenen Konzernbegriffen, je nach dem, ob sich die Zusammenfassung nach Abs. 1 oder Abs. 2 beurteilt.<sup>169)</sup> In der Praxis wird zwischen den widerstreitenden Auffassungen kaum ein

---

166) Fischer § 15 Anm. 4; Schlegelberger § 15 Anm. 8, 13; Godin § 15 Anm. 9; RGZ a.a.O.; a.A. Klausning, Reform des Aktienrechts S. 63; Würdinger, Aktienrecht S. 214

167) Godin a.a.O.; Würdinger, Aktienrecht S. 193

168) Fischer a.a.O.; Hueck § 15 Anm. 3 D; Schlegelberger § 15 Anm. 13

169) Fischer § 15 Anm. 5; Hueck § 15 Anm. 3 E; Ritter § 15 Anm. 3 b gegen Schlegelberger § 15 Anm. 15 und Godin § 15 Anm. 5

wesentlicher Unterschied bestehen. Der wirtschaftliche Zweck ist im Interesse der Begriffsklarheit weit auszu-legen und schon darin zu sehen, daß das beherrschende Unternehmen eigene Vermögensinteressen wahren will, mag das abhängige Unternehmen auch einen Betrieb ganz anderer Art betreiben. Ein planmäßiges Zusammenarbeiten von herrschenden und abhängigen Unternehmen ist nicht zu fordern.<sup>170)</sup>

Daß das beherrschende Unternehmen von seinem Einfluß tatsächlich Gebrauch macht, ist nicht entscheidend. Erheblich ist nur, daß es ihn jederzeit ausüben kann.<sup>171)</sup> Ein solches neues Kriterium einzuführen würde dem Sinn des § 15 Abs. 2 AktG widersprechen. Es muß der Abhängigkeit gleichstehen, wenn das abhängige Unternehmen immer damit rechnen muß, daß der beherrschende Einfluß geltend gemacht wird. Im übrigen ist rein tatsächlich von einem Außenstehenden kaum zu unterscheiden, ob ein Unternehmen einem anderen seinen Willen aufzwingt oder nicht, da die Einwirkung nicht unmittelbar erfolgen muß, sondern z.B. in der Hauptversammlung durch Legitimationsaktionäre erfolgen kann. Eine Beherrschung ist allerdings dann nicht gegeben, wenn bei dem zur Herrschaft befähigten Unternehmen nicht die Absicht besteht, jemals von seiner Macht Gebrauch zu machen.<sup>172)</sup> Als Beispiele können Kapitalanlage- und Kapitalverwaltungsgesellschaften dienen, die Anteile anderer Unternehmen erwerben, um Gewinne aus den angelegten Vermögenswerten zu ziehen und ihren Aktionären eine möglichst gleichmäßige Dividendenausschüttung zu sichern.<sup>173)</sup> Daß die Gesellschaft diesen Willen hat, muß sich aus Merkmalen ergeben, die eine gewisse Gewähr dafür bieten, daß nicht doch eine Änderung in der Politik der Gesellschaft erfolgt. Bei Kapitalanlagegesellschaften wird man diese Sicherheit schon in den gesetzlichen Vorschrif-

---

170) Godin § 15 vor Anm. 1; Fischer a.a.O.

171) Adler § 128 Anm. 123; Hefermehl S. 305

172) ähnlich Schlegelberger § 15 Anm. 13

173) vgl. Gesetz über die Kapitalanlagegesellschaften vom 16.4.1957 (BGBl. I S. 378)

ten sehen dürfen.

Es muß davon ausgegangen werden, daß Beherrschungsverhältnis wie auch Beherrschungsverträge nicht als solche nichtig sind. Jedoch dürfen Kontroll-, Produktions- und Absatzbindungen nicht so weit gehen, daß die freie Willensbestimmung des abhängigen Unternehmens gänzlich aufgehoben oder in einer nach dem allgemeinen Billigkeits- und Gerechtigkeitsempfinden unzumutbaren Weise ausgeschlossen wird. In derartigen Bindungen kann eine sittenwidrige Knebelung liegen, was nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden ist.<sup>174)</sup> Das Abhängigkeitsverhältnis ist dann wegen Verstoß gegen die guten Sitten nichtig (§ 138 BGB).<sup>175)</sup> Die Nichtigkeit der Bindung befreit aber nicht von den für das Abhängigkeitsverhältnis erlassenen Vorschriften. Wenn diese schon für Abhängigkeiten gegeben sind, die sich in erlaubten Grenzen halten, müssen sie erst recht für Tatbestände gelten, die diese Grenzen überschreiten. Erst wenn die gegen die guten Sitten verstoßenden Bindungen tatsächlich beseitigt werden, entfällt auch die Geltung der Bestimmungen für das Abhängigkeitsverhältnis.<sup>176)</sup>

## 2. Die Arten der Beherrschung

### a) Die Beteiligung

Es wurde bereits erwähnt, daß für die Beherrschungsarten vielerlei rechtliche und tatsächliche Möglichkeiten zur Verfügung stehen. Das Gesetz führt als Beispiel das wichtigste Mittel auf, die Beteiligung.

Der Hauptfall der Beteiligung ist der an einer Kapitalgesellschaft, also der Besitz von Aktien, Kuxen und GmbH.-Anteilen. Aber auch Beteiligungen an anderen

---

174) Hueck § 15 Anm. 3 D; Schlegelberger § 15 Anm. 11; Godin § 15 Anm. 11; Huber S. 430

175) RGZ 82, 308 (313); 130, 143 (145)

176) Fischer § 15 Anm. 4

Unternehmen, z.B. an Kommanditgesellschaften, fallen darunter. §§ 131 Abs. 1 A II 6, 132 Abs. 2 Ziff. II 5 AktG treffen über den Begriff "Beteiligung" eine Bestimmung. Hierzu gehören im Zweifel nur Beteiligungen von 25 % oder mehr des Grundkapitals, ein Prozentsatz, der gem. § 9 KStG das sog. Schachtelprivileg verleiht. Dieser Beteiligungsbegriff unterscheidet sich von dem, der § 15 AktG zu Grunde liegt. Für diesen genügt jede Art gesellschaftsrechtlicher Beteiligung, die einen beherrschenden Einfluß verleiht.<sup>177)</sup>

Wann dies der Fall ist, kann nicht allgemein festgelegt werden, gerade im Hinblick darauf, daß meistens mehrere Beherrschungsmittel zusammen erst die Abhängigkeit erzeugen.<sup>178)</sup> Man kann daher nur die einzelnen Beherrschungsmittel für sich betrachten, um Anhaltspunkte zu finden, bei denen man im allgemeinen von einer Beherrschung sprechen kann.

Vor der Erörterung der Höhe der Beteiligung, die im Regelfall eine Beherrschung herbeiführt, müssen die gesetzlichen Möglichkeiten geprüft werden, die einem gewissen Beteiligungsprozentsatz innewohnen. Abzustellen ist auf die Stimmenmacht, weil mit ihrer Hilfe die Beteiligung in der Hauptversammlung geltend gemacht wird.

Im Regelfall werden gem. § 113 AktG Beschlüsse der Hauptversammlung mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (einfacher Mehrheit) gefaßt. Dieser Normalfall ist durch das Gesetz vielfach modifiziert oder kann durch die Satzung abgeändert werden. So können Änderungen der Satzung der Aktiengesellschaft nur mit einer Mehrheit von drei Vierteln des bei der Abstimmung vertretenen Grundkapitals gefaßt werden (§ 146 Abs. 1 Satz 1). Bei dieser Mehrheit besteht auch die Möglichkeit, Kapital-

---

177) Fischer a.a.O.

178) Haussmann, Tochtergesellschaft S. 25; Ruth S. 18

erhöhungen (§§ 149 Abs. 1, 160 Abs. 1, 169 Abs. 2, 174 Abs. 1 und 3), den Ausschluß des gesetzlichen Bezugsrechts (§ 153 Abs. 3), Kapitalherabsetzungen (§§ 175 Abs. 1, 182 Abs. 2), die Auflösung (§ 203 Abs. 1 Satz 2), die Verschmelzung (§§ 234 Abs. 2, 247 Abs. 1 AktG), die Umwandlung (§§ 9, 15 UmwG) zu beschliessen und zu den in § 256 AktG genannten Verträgen die Zustimmung zu geben.

Die Sperrminorität von 25 % kann also in jedem Fall einen der aufgeführten Beschlüsse verhindern. Geringeren Minderheiten sind durch das Aktiengesetz einige Rechte eingeräumt. Aktionäre, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, können die Geltendmachung von Ersatzansprüchen verlangen und einen Widerspruch gegen einen Verzicht auf solche Ansprüche erheben (§§ 43, 84 Abs. 4, 99 AktG), wenn sie 20 v.H. des Grundkapitals vertreten. Besitzen Aktionäre zusammen 5 % des Grundkapitals, können sie die Einberufung einer Hauptversammlung fordern (§ 106 Abs. 2, 3 AktG).

Eine vollständige Beherrschung einer Gesellschaft würde daher eine fast hundertprozentige Mehrheit voraussetzen, um zu verhindern, daß Minderheiten irgendwelche Rechte geltend machen können. Es geht zu weit, erst bei einer derartigen Mehrheit von einer Willensbeeinflussung der abhängigen Gesellschaft zu sprechen. Die Befugnisse der Minderheiten beschränken sich in erster Linie auf organisatorische Maßnahmen, die mit der Geschäftspolitik und der Leitung des Unternehmens kaum zusammenhängen.<sup>179)</sup> Eher könnte man schon daran denken, eine Kapitalmehrheit von 75 v.H. zu fordern, damit auch Satzungsänderungen durchgesetzt werden können. Diese Mehrheit wird in jedem Fall ausreichen,<sup>180)</sup> eine Beherrschung zu begründen, da

---

179) a.A. Friedländer S. 152

180) Sieht man von dem Fall der Vorzugsaktien ab.  
Zweifelnd Friedländer a.a.O.

selbst die für die Gesellschaft am einschneidendsten wirkenden Beschlüsse wie Auflösung, Verschmelzung und Umwandlung keiner größeren Mehrheit bedürfen. Sollte aber die Satzung von einer gesetzlich gegebenen Möglichkeit, an Stelle der Dreiviertelmehrheit eine größere zu setzen, Gebrauch gemacht haben, so ist in jedem Fall eine Beherrschung dann gegeben, wenn diese Mehrheit dem herrschenden Unternehmen zusteht (§§ 146 Abs. 1 Satz 2, 149 Abs. 1 Satz 2, 160 Abs. 1 Satz 1, 169 Abs. 2 Satz 2, 174 Abs. 1 Satz 3 und 3, 153 Abs. 3, 175 Abs. 1 Satz 2, 182 Abs. 5, 203 Abs. 1, 234 Abs. 2 Satz 1, 247 Abs. 1 AktG).

Im allgemeinen wird aber bereits eine Mehrheit, die größer ist als 50 % des Grundkapitals Beherrschung vermitteln. Wie bereits ausgeführt, ist zur Beherrschung nicht erforderlich, daß das abhängige Unternehmen in allem vom Willen der Obergesellschaft abhängig ist, sofern nur im wesentlichen eine Willensbeeinflussung vorliegt. Da mit der angegebenen Mehrheit sämtliche Beschlüsse für den laufenden Geschäftsbetrieb getroffen werden können, muß diese im Regelfall zur Beherrschung genügen.<sup>181)</sup>

Eine Erscheinung, die sich in zunehmendem Maße in den Hauptversammlungen zeigt, darf bei der Beantwortung der Frage, mit welchen Beteiligungsprozentsätzen bereits Beherrschung anzunehmen ist, nicht außer Ansatz bleiben. In kaum einer Hauptversammlung sind alle oder fast alle Aktionäre vertreten. Manchmal macht die Versammlungspräsenz sogar kaum mehr als 50 % aus. Die Ursachen hierfür sind, daß kleinere Aktionäre, soweit sie nicht durch Banken auf Grund einer Ermächtigung nach § 114 Abs. 5 AktG vertreten sind - die sich Banken häufig von Kunden für Aktien geben lassen, die bei ihnen deponiert sind -, selten zur Hauptversammlung, die meistens von ihrem Wohnort weit entfernt stattfindet, fahren. Dies würde sich auch bei den geringen Beträgen, die die Klein-

---

181) Fischer a.a.O.; Schlegelberger § 15 Anm. 13; Bühler S. 299; a.M. Adler § 128 Anm. 126; Friedländer S. 152

aktionäre in der Hauptversammlung repräsentieren, kaum lohnen. Ein weiterer Grund, der zur Verödung der Hauptversammlung<sup>182)</sup> führt, ist, daß die wirklichen Entscheidungen nicht dort, sondern in den Aufsichtsräten der Gesellschaften gefällt werden. Nach bisherigem deutschen Recht ist der Aufsichtsrat die Vertretung der Mehrheit der Aktionäre. Es gibt keine zwingende Vorschrift, die die Wahl von Minderheitsvertretern in den Aufsichtsrat festlegt. Überdies bildet der Aufsichtsrat bei Konzernunternehmen häufig eine Vertretung der Obergesellschaft.

Die Versammlungspräsenz bei Beurteilung des zur Beherrschung notwendigen Prozentsatzes außer Acht zu lassen, wie es Adler vorschlägt,<sup>183)</sup> da ihre Berücksichtigung einen allzu großen Unsicherheitsfaktor schaffe, scheint mir nicht richtig zu sein. Es dürfte bei den meisten Unternehmen festzustellen sein, welcher Anteil der Aktionäre durchschnittlich in den Hauptversammlungen vertreten ist und bis zu welchem Prozentsatz die Anwesenheit bei Kampfabstimmungen geht. Wollte man bei der Prüfung der Frage ob eine Beherrschung vorliegt, einen höheren Prozentsatz zu Grunde legen, so hieße das wirklichkeitsfremd urteilen, denn erfahrungsgemäß ist die Versammlungspräsenz bei Kampfabstimmungen am höchsten.<sup>184)</sup> Man kann auch noch weiter gehen: es genügt die Annahme des Prozentsatzes, der in den allermeisten Fällen zu einer Stimmenmacht ausreichen wird, da nicht zu fordern ist, daß die Gesellschaft in jeder Einzelheit von der beherrschenden Gesellschaft abhängig ist, sondern diese lediglich im wesentlichen in der Lage sein muß, ihren Einfluß geltend zu machen, sofern dies nur über eine längere Dauer hinaus geschehen kann.

Deshalb ist Adler<sup>185)</sup> nicht zu folgen, wenn er meint, eine Beteiligung unter 50 v.H. würde nur in ganz

---

182) vgl. Fischer, Rechtsschein S. 95

183) Adler a.a.O.

184) Boesebeck, Stimmrecht S. 401, will Stimmenmacht unter Aufbietung aller Stimmreserven zu Grunde legen.

185) Adler a.a.O.

besonders gelagerten Fällen ein Herrschaftsverhältnis gegenüber der Beteiligungsgesellschaft begründen können, nämlich dann, wenn eine einflußsichernde Minderheit vorläge, etwa in der Art, daß eine Minderheitsbeteiligung ein bestehendes Konsortium und dieses die Gesellschaft beherrsche. Schon eine Minderheitsbeteiligung, die infolge der herkömmlichen Versammlungspräsenz auf längere Dauer hinaus eine Beherrschung der Hauptversammlung gewährleistet, muß zur Annahme eines Herrschaftsverhältnisses genügen,<sup>186)</sup> insbesondere, wenn sich die Beteiligung in festem Besitz befindet und eine einheitliche Willensmacht repräsentiert, während aus Aktien, die in Streubesitz gehalten werden, kaum eine geschlossene Willenskundgebung zu erwarten ist.<sup>187)</sup>

Das Zusammenwirken von mehreren Beteiligten, die zueinander nicht im Konzernverhältnis stehen (§ 15 Abs. 1 Satz 2 AktG), begründet keine Herrschaft dieser Gruppe, da diese Willensbildung im Innenverhältnis nicht koordiniert wurde, also jederzeit die Möglichkeit besteht, daß einer der Beteiligten seinen Entschluß ändert, womit auch die die Beherrschung begründende Mehrheit entfällt,<sup>188)</sup> da vertragliche Verpflichtungen unter den Aktionären nicht bestehen und eine gegenseitige Treuepflicht nicht begründet ist.<sup>189)</sup>

---

186) Fischer § 15 Anm. 4; Schlegelberger § 15 Anm. 17; Ritter § 15 Anm. 4 b; Staub § 226 Anm. 26; Neufeld JW 1931, 3040 (3043); Haussmann, Tochtergesellschaft S. 24

In diesem Zusammenhang hat die Bemerkung eines Juristen bei den Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages Bedeutung, der aus seiner Sachkenntnis heraus bemerkte, daß der gewöhnlich verwendete Begriff "Majorität" bei Großunternehmen, bei denen diese Beherrschungsfragen wirklich eine Rolle spielten, nicht erst bei 50 % erreicht würde, sondern es Fälle gäbe, in denen bereits 20 % eine überwiegende Majorität darstellten. Vgl. Verhandlungen F 95

187) Huber S. 422

188) Fischer a.a.O.; Godin § 15 Anm. 9; Teichmann § 15 Anm. 2; RGZ 167, 40 (50 ff.)

189) Fischer § 15 Anm. 7 c; Hueck Überbl. vor § 48 Anm. 2 B

Soweit die Stimmenmacht der Beteiligung entspricht, fallen beide Beherrschungsmittel zusammen. Die Stimmenmacht kann jedoch auch ohne entsprechende Kapitalbeteiligung ein Herrschaftsmittel bilden.<sup>190)</sup> Der zuerst ins Auge springende Fall sind Mehrstimmrechtsaktien, die das Aktiengesetz zwar grundsätzlich verboten hat, die jedoch zugelassen werden können, wenn das Wohl der Gesellschaft oder gesamtwirtschaftliche Belange es fordern (§ 12 Abs. 2 AktG). Das Stimmrecht kann ferner auf Grund Legitimationsübertragung ausgeübt werden. Vor allem gehört das Depotstimmrecht der Banken hierher. Adler<sup>191)</sup> behauptet, das Depotstimmrecht der Banken könne niemals zu einer Abhängigkeit führen. Das kann in diesem Umfang nicht anerkannt werden, da das Depotstimmrecht ein Mittel zur Beherrschung ist, wenn die Rechte aus derartigen Legitimationsübertragungen für gewisse Dauer bestehen und damit gerechnet werden kann, daß die Aktien, auf Grund derer das Stimmrecht ausgeübt wird, längere Zeit bei der Bank im Depot oder in Giro-sammelverwahrung verbleiben. Ob diese Voraussetzung zutrifft, ist Tatfrage.<sup>192)</sup> Nicht für eine Beherrschung in Betracht kommen die Aktien, bei denen die Bank durch Weisungen des Kunden in ihrer Stimmenabgabe gebunden ist.

Eine besondere Art der Stimmenzusammenfassung sind die Konsortialverträge, d.h., Verträge über die Ausübung von Rechten an Aktien und sonstigen Beteiligungen. Derartige Abmachungen enthalten meistens Bindungen in Bezug auf die Veräußerung und Verpfändung von Aktien, sehen Vorkaufsrechte und Optionen vor und treffen Abreden über die Besetzung von Vorstands- und Aufsichtsratsposten sowie Vereinbarungen über die Ausübung des Stimmrechts.<sup>193)</sup>

---

190) Haussmann, Tochtergesellschaft S. 59

191) Adler § 128 Anm. 64

192) Fischer a.a.C.; Hueck § 15 Anm. 3 d; Schlegelberger § 15 Anm. 17

193) Schlegelberger a.a.O.; Adler § 128 Anm. 66; Friedländer S. 55; Entscheidungszusammenstellung bei Friedländer S. 94 ff.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts sind Abstimmungsverträge grundsätzlich als zulässig und verbindlich anerkannt worden, sofern nicht verbotener Stimmenkauf vorliegt.<sup>194)</sup> Besteht bei derartigen Konsortialverträgen eine Leitung, so wird derjenige, dem diese zusteht, in der Regel auch den beherrschenden Einfluß ausüben, den das Konsortium mit seiner Stimmenmacht repräsentiert. Auf diese Weise kann eine Minderheit, deren Beteiligung an dem Konsortium größer ist, als die der übrigen Mitglieder, auch dann zu einer Beherrschung eines Unternehmens gelangen, wenn die Versammlungspräsenz ihr nicht die nötige Stimmenmacht verschaffen würde. Regelmäßig wird von dieser Minderheitsbeteiligung auch dann die Beherrschung ausgehen, wenn sie an dem Konsortium nur das Übergewicht, nicht aber die Leitung hat. Fehlt es an einer Konsortialleitung und hat auch keiner der Konsorten das Übergewicht, steht der beherrschende Einfluß dem Konsortium als solchem zu.<sup>195)</sup> Ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne von § 15 Abs. 2 AktG wird aber nur dann vorliegen, wenn das Konsortium als Unternehmen anzusehen ist.<sup>196)</sup> Da es genügt, wenn ein nicht rechtsfähiger Verein oder eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Herrschaft ausübt, sofern damit wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden, wird im allgemeinen eine Abhängigkeit gegeben sein.

aa)

#### Die Organgesellschaft

Von der Steuerrechtsprechung wurde für eine Beteiligung, bei der die Untergesellschaft zugleich wirtschaftlich und organisatorisch derart dem Oberunternehmen angegliedert wurde, daß sie nur mehr eine Betriebsabteilung von diesem darstellt und keinen eigenen Willen mehr hat - etwa bei einer hundertprozentigen Beteiligung des herrschenden Unternehmens - der Begriff der Organgesellschaft

---

194) siehe unten S. 73

195) vgl. Haussmann, Unternehmens-Zusammenfassungen S. 109, 123

196) vgl. oben S. 48

entwickelt.<sup>197)</sup> Das Mitbestimmungsergänzungsgesetz hat in § 1 Abs. 2 erstmalig in der deutschen Rechtsgeschichte eine zivilgesetzliche Definition des Organverhältnisses vorgenommen: "Ein auf Vereinigung beruhendes Beherrschungsverhältnis auf Grund dessen das abhängige Unternehmen in seiner Geschäftsführung dem Willen des herrschenden Unternehmens unterworfen ist."<sup>198)</sup>

Die Schlußfolgerung für das Steuerrecht aus der Organgesellschaft ist, daß das beherrschte Unternehmen seine rechtliche Selbständigkeit verliert. Im Steuerrecht wurde dies erstmals für die Umsatzsteuer entwickelt und anschließend für die Körperschaftssteuer übernommen, wobei allerdings eine bindende Gewinnabführungsvereinbarung Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung des Organverhältnisses ist.<sup>199)</sup> Das Gewerbesteuer-gesetz in der Fassung vom 21.12.1954<sup>200)</sup> betrachtet die Organgesellschaft ohne Einschränkung als Betriebsstätte, also als steuerlich unselbständig (§ 2 Abs. 2 Ziff. 2 Satz 2 GewStG).

Für die Annahme eines solchen Organverhältnisses ist eine Beteiligung von 50 % als unterste Grenze zu betrachten.<sup>201)</sup>

Die rechtliche Unselbständigkeit der abhängigen Gesellschaft, wie sie im Steuerrecht gilt, kann nicht auf das Zivilrecht übertragen werden. Würde man die juristische Person im Zivilrecht derartig negieren, müßte auch der Vorstand der Untergesellschaft von der Verantwortlichkeit für sein Handeln entbunden werden. Aktienrechtlich

---

197) Fischer § 15 Anm. 7 c; RFH 36, 39 (42 ff.); BFH in BStBl. III 52, 234

198) Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen- und Stahl erzeugenden Industrie v. 7.8.1956; BGBl. I S. 707

199) Hermann-Heuer KStG § 7 Anm. 12, 14 ff. (18)

200) BGBl. I S. 473

201) Bühler S. 304, Hauff S. 76, 77; Friedländer S. 188

bleibt er jedoch den Aktionären und Gläubigern voll verantwortlich.<sup>202)</sup>

Die Abhängigkeit von dem herrschenden Unternehmen führt auch aus anderen Gründen nicht zur Einheit zwischen dem herrschenden und dem abhängigen Unternehmen. Das Reichsgericht hat vorübergehend in der Rechtsprechung die sog. Einheitstheorie vertreten,<sup>203)</sup> namentlich für den Fall der Einmannsgesellschaft, also einer hundertprozentigen Beteiligung. Unter der Einheitstheorie wurde die Ansicht verstanden, daß wirtschaftlich das Vermögen der abhängigen Gesellschaft mit dem der herrschenden zusammenfalle. Diese Rechtsprechung hat das Reichsgericht ausdrücklich aufgegeben<sup>204)</sup> mit Gründen, die auch heute noch Geltung haben. Die Theorie von der Einheit der beiden Unternehmen könne nur gelten, wenn die Abhängigkeit darauf beruhen würde, daß die herrschende Gesellschaft, wenn auch nicht das ganze, so doch einen weit überwiegenden Teil des Aktienkapitals der abhängigen Gesellschaft besitzt. Die Abhängigkeit ist aber unter Umständen schon bei einer Minderheitsbeteiligung möglich, womit das Zusammenfallen der beiden Vermögensmassen seine sachliche Berechtigung verliert. Keine Einheit liegt insbesondere dann vor, wenn beide Vermögen, wie noch darzulegen sein wird, auf Grund schuldrechtlicher Vereinbarung oder organisatorischer Maßnahmen voneinander abhängig sind.

Weitere Gründe, die gegen die Annahme der Einheitstheorie sprechen, haben auch Bedeutung für die Ablehnung des Organbegriffs im Aktienrecht. Jede Gesellschaft hat ihre eigenen Gläubiger. Die herrschende Gesellschaft kann nur über ihre Beteiligung, nicht aber über die einzelnen Vermögensstücke der abhängigen Gesellschaft verfügen.<sup>205)</sup> Auch finden zwischen herrschender und abhängiger Gesell-

---

202) Fischer a.a.O.; zweifelnd Friedländer S. 38 ff.

203) RGZ 108, 41 (43)

204) RGZ 115, 246 (253)

205) RGZ 149, 305 (311); Würdinger, Aktienrecht S. 192

schaft Vermögensübergänge statt und es bestehen Schuldverhältnisse, selbst wenn die abhängige Gesellschaft Organgesellschaft ist.<sup>206)</sup> Die Einheitstheorie ist folglich auch vom Aktiengesetz abgelehnt worden, da in § 15 Abs. 2 AktG (wie früher in § 226 HGB) nicht auf die kapitalistische Beteiligung und deren Ausmaß, sondern auf die Stärke des so oder so begründeten beherrschenden Einflusses abgestellt ist. Den Gefahren, die durch Einschaltung von abhängigen Unternehmen entstehen können, versucht das Aktiengesetz durch Einzelbestimmungen, die auf § 15 Abs. 2 verweisen, vorzubeugen. (z.B. §§ 51, 65 Abs. 5, 114 Abs. 6 AktG)

#### b) Sonstige Beherrschungsarten

Es wurde bereits behandelt, daß die Beteiligung zwar den Hauptfall der eine Abhängigkeit begründenden Umstände darstellt, jedoch vom Gesetz nur als Beispiel genannt ist.

In der Praxis sehr bedeutsam sind die Bindungen eines abhängigen Unternehmens an ein herrschendes, die schuldrechtlich ausgestaltet sind. Sie werden in der überwiegenden Anzahl aller Fälle erst den zweiten Teil einer Verflechtung bilden. Zu schuldrechtlichen Bindungen ist regelmäßig die Zustimmung des abhängigen Unternehmens durch seine Organe notwendig. Sofern dieses nicht irgendwie beeinflußt ist, wird es selten sein Einverständnis geben, da Unternehmen in der Regel ihre vollkommene Handlungsfreiheit zu erhalten suchen. Als schlechthin ideales Mittel, auf ein Unternehmen Einfluß zu gewinnen, ohne dessen Mitwirkung überhaupt zu bedürfen, bietet sich dagegen der Erwerb von Beteiligungen an.<sup>207)</sup> Diese können entweder über die Börse oder in der Form eines größeren Aktienpaketes von einem anderen Aktionär unmittelbar beschafft werden, wobei möglicherweise sogar vermieden

---

206) Schlegelberger § 15 Anm. 11; Haussmann, Tochtergesellschaft S. 28, 29, 35; Haussmann, Unternehmenszusammenfassungen S. 93

207) Würdinger, Aktienrecht S. 193; Ruth S. 17

werden kann, daß das Unternehmen, dessen Beherrschung beabsichtigt ist, hiervon frühzeitig erfährt und Abwehrmaßnahmen einleitet. Ist durch die Beteiligung ein gewisser Einfluß gewonnen, dienen obligatorische Abmachungen dazu, diesen auszubauen, möglicherweise bis zur vollkommenen Willenslosigkeit des beherrschten Unternehmens.

Eine Festigung der Beziehungen des herrschenden Unternehmens zum abhängigen kann durch spezifisch persönliche Elemente erreicht werden.<sup>208)</sup> Die herrschende Gesellschaft versucht mit zunehmender Verfeinerung der Konzernstruktur die einflußreichen Posten der abhängigen Gesellschaft mit ihr hörigen Personen zu besetzen. Auf diese Weise kann die Obergesellschaft ihren bestimmenden Willen auch in Einzelfällen gegenüber dem Tochterunternehmen zur Geltung bringen, ohne daß ein unmittelbarer Zwang durch die Beteiligung ausgeübt werden muß. Die Besetzung der Aufsichtsratsposten durch Personen, die die Interessen der herrschenden Gesellschaft wahrnehmen, ist nach dem geltenden Aktienrecht dann leicht möglich, wenn der herrschenden Gesellschaft die Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung zufällt. Der Aufsichtsrat wird nach dem Mehrheitssystem gewählt (§ 87 AktG) und braucht keine Vertreter der Minderheitsaktionäre als Mitglieder zu umfassen. Der Aufsichtsrat wiederum bestellt die Vorstandsmitglieder (§ 75 AktG). Die Rechte der Minderheit wirken sich so weder bei der Aufsichtsratsbestellung noch bei der Vorstandsberufung aus.

Zur Sicherung kann sich die herrschende Gesellschaft in der Satzung das Recht einräumen lassen, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden (§ 88 AktG) oder darüber hinausgehend satzungsmäßig festlegen lassen, daß zu wichtigen Beschlüssen und Stellenbesetzungen in der Untergesellschaft die Zustimmung der Obergesellschaft erforderlich ist. Zu denken ist hier vornehmlich an Bilanzfeststellung, Gewinnverteilung und Abschluß von wichtigen Geschäften,

---

208) Friedländer S. 138, 153; Adler § 128 Anm. 125

## Bestimmung und Verfügung über Produktionsanlagen.<sup>209)</sup>

Auf rein vertraglicher Basis kann die Beherrschung durch Interessengemeinschaftsverträge erreicht werden, die im einzelnen verschiedenen Charakter haben.<sup>210)</sup>

Die Formen solcher Vereinbarungen sind außerordentlich mannigfach, da sie auf die jeweiligen Verhältnisse der beteiligten Unternehmen zugeschnitten sind. Die Interessengemeinschaften können als lose Teilgemeinschaften für ein bestimmtes Produktionsgebiet, z.B. als Patentgemeinschaft, oder auch als Vollinteressengemeinschaft,<sup>211)</sup> als Ersatz oder Vorstufe für eine Verschmelzung sowie in sämtlichen Zwischenformen ausgebildet sein. Als Beherrschungsmittel kommt namentlich die Vollinteressengemeinschaft in Betracht, bei der Gesamtgewinn und-Verlust zusammengerechnet werden und die einzelnen Mitglieder an dem Gesamtergebnis nach einem gewissen Schlüssel beteiligt sind. Verbunden damit wird häufig auch eine organisatorische Zusammenfassung der entsprechenden Unternehmen sein, da eine Gewinngemeinschaft im allgemeinen ohne einheitlichen Einfluß auf die verschiedenen Unternehmen kaum durchführbar sein wird.<sup>212)</sup> Solch weitgehende Beschränkungen der Eigenständigkeit des Unternehmens bedürfen gemäß § 256 AktG regelmäßig der Zustimmung der Hauptversammlung, wobei eine Mehrheit von mindestens 75 v.H. vorgeschrieben ist. Deswegen wird die Beteiligung der Obergesellschaft an der Untergesellschaft in dieser Höhe häufig Voraussetzung sein, damit ein derartiger Interessengemeinschaftsvertrag zustandekommt.

Beschränkte Interessengemeinschaften, die etwa nur eine gemeinsame Herstellung von Artikeln, gemeinsamen Ein-

---

209) Fischer § 15 Anm. 4; Schlegelberger § 15 Anm. 19

210) Haussmann, Unternehmens-Zusammenfassungen S. 123; Würdinger, Aktienrecht S. 197 ff.; Friedländer S. 114 ff.

211) vgl. Friedländer S. 20

212) Schlegelberger § 15 Anm. 18; Würdinger, Aktienrecht S. 197

und Verkauf, Arbeitsgemeinschaften u.ä. bezwecken, werden eine Abhängigkeit meistens nur zusammen mit anderen Bindungsmitteln, worunter wiederum die Beteiligung eine wesentliche Rolle spielen dürfte, begründen.<sup>213)</sup>

Neben Beteiligungen können auch Kreditgewährungen und Lieferverträge, die das beeinflusste Unternehmen auf längere Zeit an das herrschende binden, zur Festigung der Herrschaft dienen und das abhängige Unternehmen in seiner freien Willensentschließung weiter beeinträchtigen.<sup>214)</sup> Eine ähnliche Lage wird durch Lizenzverträge geschaffen, wenn der Lizenzgeber einen beherrschenden Einfluß gewinnt.<sup>215)</sup>

Auch durch Betriebspachtverträge kann eine Abhängigkeit hervorgerufen werden, und zwar je nach dem Inhalt des Pachtvertrages auf Seiten des Pächters oder des Verpächters.<sup>216)</sup> Betriebsüberlassungsverträge, Verträge, bei denen der Betrieb vom Übernehmenden auf eigene Rechnung,<sup>217)</sup> aber unter dem Namen des übergebenden Betriebes, geführt wird und Betriebsführungsverträge, Verträge, bei denen das bisher auf eigene Rechnung wirtschaftende Unternehmen seinen Betrieb für Rechnung und nach Weisungen des anderen aber in eigenem Namen weiterführt, dürften meistens eine Abhängigkeit des überlassenen bzw. geführten Betriebs bedeuten.<sup>218)</sup>

In vielen Fällen müßte zu derartigen Bindungen die Zustimmung der Hauptversammlung nach § 256 AktG eingeholt werden.<sup>219)</sup>

---

213) Schlegelberger a.a.O.

214) Adler § 128 Anm. 144, 146

215) Fischer a.a.O.; Schlegelberger § 15 Anm. 21; Beispiele bei Friedländer S. 161 ff.

216) Friedländer S. 153; Haussmann, Unternehmens-Zusammenfassungen S. 113 und Rosendorff S. 27 meinen, es würde eine Abhängigkeit des Pächters bestehen

217) Friedländer S. 101; Haussmann a.a.O.

218) Fischer a.a.O.; Schlegelberger § 15 Anm. 18; Eckelt JW 1937, 1198 (1201); a.A. Trumpler S. 355

219) vgl. Hueck § 256 Anm. 2; Friedländer S. 104; Würdinger, Aktienrecht S. 195; Gadow § 256 Anm. 14, 15, 16

#### IV. Die wechselseitige Verflechtung von Unternehmen

##### 1. Die wechselseitige Beteiligung

###### a) Begriffsbestimmung

Bei der Zusammenstellung der Gründe für eine Abhängigkeit eines Unternehmens von einem anderen ist ein Komplex ausgeklammert worden, nämlich, daß zwei Unternehmen wechselseitig verflochten sind. Im Rahmen dieser Arbeit können nur die Fälle berücksichtigt werden, in denen wenigstens eine Aktiengesellschaft zu den beteiligten Unternehmen gehört. Grundsätzlich treten dieselben Probleme aber auch auf, wenn nur andere Kapitalgesellschaften miteinander wechselseitig verflochten sind.

Unter wechselseitiger Verflechtung von Unternehmen werden meistens die Fälle der wechselseitigen Beteiligung begriffen. Dies mit Recht deswegen, weil es sich um den wichtigsten Fall handelt. Darüber hinaus sind aber fast alle bereits aufgeführten Beherrschungsmittel geeignet, eine wechselseitige Verflechtung zweier Gesellschaften herbeizuführen.<sup>220)</sup> Zu denken ist besonders an einen Vertrag zweier Gesellschaften, die sich gegenseitig das Recht eingeräumt haben, maßgebliche Stellen der Geschäftsführung mit ihnen genehmen Personen zu besetzen oder in deren Satzungen vorgesehen ist, daß Beauftragte der anderen Gesellschaft eine Kontrollfunktion mit Weisungsbefugnis ausüben können. Wie auch bei den abhängigen Gesellschaften, sind persönliche Bindungen bei wechselseitig verflochtenen Unternehmen von erheblicher Bedeutung.

Die hauptsächlichste Form der wechselseitigen Verflechtung, die wechselseitige Beteiligung, soll vorweg behandelt werden.

---

220) Hefermehl S. 304

Daß sie von dem geltenden Aktiengesetz als möglich vorausgesetzt wird, ergibt sich eindeutig aus den §§ 65 Abs. 5 und 114 Abs. 6 AktG. Diese Bestimmungen wären sonst unverständlich, da es keine (abhängige) Aktiengesellschaft geben würde, die mit Aktien der herrschenden Gesellschaft abstimmen wollte.<sup>221)</sup>

Auszuscheiden sind zuerst diejenigen Formen wechselseitiger Beteiligung, bei denen die Beteiligungen so gering sind, daß sie der einen Gesellschaft auf die andere keinen maßgeblichen Einfluß ermöglichen. Da hier keine der Gesellschaften von der anderen abhängig ist, können die Vorschriften, die sich auf § 15 Abs. 2 AktG stützen, nicht Anwendung finden.<sup>222)</sup>

Grundsätzlich klar ist die Rechtslage auch dann, wenn eine Gesellschaft das Übergewicht über die andere hat. Das ist der Fall, wenn das abhängige Unternehmen trotz seines Besitzes von Aktien der herrschenden Gesellschaft diese nicht hindern kann, ihm ihren Willen aufzuzwingen.

Wann ein solches Übergewicht vorliegt, kann nicht durch Bildung des rechnerischen Übergewichts festgestellt werden. Gemäß § 113 Abs. 1 AktG bedürfen die Beschlüsse der Hauptversammlung der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, soweit nicht im Gesetz oder in der Satzung etwas anderes vorgesehen ist. Eine der wichtigsten Ausnahmen hiervon ist eine erforderliche Mehrheit von 75 v.H. der abgegebenen Stimmen, die für einen satzungsändernden Beschluß der Hauptversammlung wenigstens nötig sind (§ 146 Anm. 1 AktG). Ist z.B. eine Aktiengesellschaft an der anderen mit 90 v.H., die andere umgekehrt nur mit 76 v.H. beteiligt, würde sich zu Gunsten der ersteren ein rechnerisches Übergewicht ergeben. Hieraus aber auf eine Abhängigkeit der letztgenannten Gesellschaft von der

---

221) Hefermehl S. 304; Boesebeck, Stimmrecht S. 401; Verflechtung S. 766

222) Kropff S. 16

erstgenannten zu schließen wäre verfehlt.<sup>223)</sup> Beide Mehrheiten gewähren - für den Fall, daß die Satzung keine zusätzlichen Kautelen aufgestellt hat - jeder Gesellschaft auf die andere einen beherrschenden Einfluß, der sogar so weit geht, daß beide Gesellschaften bei der anderen eine Satzungsänderung durchsetzen könnten.

Bei dem angeführten Beispiel könnte man sich daran stoßen, daß die Minderheit von 24 % z.B. nach § 106 Abs. 2, 3 AktG die Einberufung der Hauptversammlung, nach §§ 122 ff. AktG die Geltendmachung von Ersatzansprüchen verlangen und einen Widerspruch gegen den Verzicht auf Ersatzansprüche erheben könnte (§§ 43, 84 Abs. 4, 99 AktG); aber diese Möglichkeiten rechtfertigen noch nicht die Annahme, daß die erste Gesellschaft deswegen das Übergewicht über die letztgenannte hat.<sup>224)</sup> Das Beispiel läßt sich dahin abwandeln, daß das erste Unternehmen an dem letzteren mit 71 % beteiligt ist und umgekehrt eine Beteiligung von 51 % besteht. Keine der Gesellschaften kann in der Hauptversammlung mit ihrer Stimmenmacht mehr erreichen als die andere, selbst wenn ein Großaktionär mit dem Rest der Stimmen gegen sie stimmt. Die Sperrminorität von anderen Aktionären oder eines Großaktionärs hat folglich keine Bedeutung. Zwar könnten mit ihrer Hilfe Beschlüsse der Hauptversammlung, die einer qualifizierten Mehrheit bedürfen, verhindert werden, einen Einfluß auf den gewöhnlichen Geschäftsgang, für den die meisten Beschlüsse mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßt werden, würde sie nicht vermitteln. Im weiteren Verlauf könnten die Aktionäre, die die Sperrminorität innehaben, unter Umständen von der Mehrheit Zugeständnisse erzwingen, doch ist dies für die augenblickliche Beurteilung der Lage nicht von Bedeutung.<sup>225)</sup> In der Praxis wird der

---

223) Hefermehl S. 305

224) Hefermehl a.a.O.

225) Hefermehl a.a.O.

Sachverhalt meistens - sieht man von dem sog. Iduna-Fall<sup>226)</sup> ab, auf den später noch genauer eingegangen wird - kaum so einfach liegen.

Die Kompliziertheit der tatsächlichen Erscheinungsform der wechselseitigen Verflechtung kommt etwa in dem Beispiel von Schlegelberger zum Ausdruck:<sup>227)</sup> Die A-AG ist mit 40 % an der B-AG beteiligt, der Rest der Aktien ist zersplittert. Die B-AG hat ihrerseits 40 % der Aktien der A-AG, den Rest besitzt ein Großaktionär. Hier beherrscht die Aktiengesellschaft A die B-AG, nicht dagegen die Aktiengesellschaft B die A-AG. Die Beteiligung von A bei B reicht zu einer Beherrschung, d.h. maßgeblichen Willensbeeinflussung, da die übrigen Aktien der B-Gesellschaft zersplittert sind und eine geschlossene Willensbildung durch die Kleinaktionäre im allgemeinen nicht stattfinden wird sowie in der Hauptversammlung nicht sämtliche Aktionäre vertreten sein werden. Umgekehrt kann die Aktiengesellschaft B auf die A-AG keinen Einfluß gewinnen, weil der Großaktionär, der über 50 % der Aktien in Händen hat, in jedem Fall seinen Willen gegenüber der Minderheitsbeteiligung von 40 % durchsetzen kann, wenn man von der Ausnahme einer Satzungsänderung absieht. An der Durchsetzung des Willens der Aktiengesellschaft A bei der B-AG könnte diese die A-AG trotz ihrer Beteiligung von 40 % nicht hindern. Es wäre daher verkehrt, vom rein rechnerischen Bild auszugehen und ein Übergewicht der einen Gesellschaft über die andere zu verneinen.

Aus den angeführten Beispielen ergibt sich, daß die Formulierung, die das Reichsgericht in der Iduna-Entscheidung verwendete, nämlich "gleich oder ungefähr gleich hoher Aktienbesitz" einer Berichtigung bedarf. Es kann bei wechselseitigen Beteiligungen, die jeder Gesellschaft - sieht man von der Beteiligung der anderen

---

226) RGZ 149, 305 ff. und S.

227) Schlegelberger § 15 Anm. 14

Gesellschaft ab - die Beherrschung der anderen Gesellschaft ermöglichen würde, nicht darauf ankommen, ob der Aktienbesitz gleich oder ungefähr gleich hoch ist, sondern lediglich darauf, ob die eine Gesellschaft auf Grund der in der Beteiligung verkörpertten Stimmenmacht in die Lage versetzt wird, der anderen (abhängigen) Gesellschaft ihren Willen aufzuzwingen.

Soweit es sich bei der wechselseitigen Beteiligung in Wirklichkeit um eine einseitig herrschende Beteiligung handelt, gelten die Ausführungen über die einseitige Abhängigkeit.

Die nachfolgende Untersuchung erstreckt sich nur auf die eigentlichen wechselseitigen Beteiligungen, diejenigen also, die es jeder Gesellschaft, für sich allein betrachtet, ermöglichen würden, der anderen Gesellschaft ihren Willen aufzuzwingen und deren Wirkungen sich rechtlich im wesentlichen ausgleichen.

Nach seinem Grundtatbestand gehört auch zu diesem Begriff der wechselseitigen Beteiligung die sog. Ringbeteiligung. Diese liegt vor, wenn die Gesellschaft A an der Gesellschaft B, diese an der Gesellschaft C und diese wiederum an der Gesellschaft A beteiligt ist. Trumpler<sup>228)</sup> spricht hier von wechselseitiger Beteiligung im Gegensatz zur gegenseitigen Beteiligung, bei der nur zwei Unternehmen miteinander verflochten sind. Die Ringbeteiligung wirft dem Wesen nach keine anderen Probleme auf als die "gegenseitige Beteiligung", sofern es sich wieder um wechselseitige Beteiligungen handelt, die für sich allein zur Herrschaft des einen über das andere Unternehmen führen würden, sich in ihren Wirkungen aber ausgleichen. Hier würde die Gesellschaft A die Gesellschaft C bzw. umgekehrt mittelbar über die Gesellschaft B beherrschen, was nach § 15 Abs. 2 AktG für die Begriffsbestimmung der Abhängigkeit keinen Unterschied macht.

---

228) Trumpler S. 365

b) Die wirtschaftliche Bedeutung der wechselseitigen  
Beteiligung

Über die rechtlichen Auswirkungen der wechselseitigen Beteiligung ist in jüngster Zeit Streit entbrannt. Es ging in erster Linie um die Frage, ob Unternehmen, die wechselseitig aneinander beteiligt sind, in den beiden Hauptversammlungen abstimmen dürfen, mit anderen Worten, ob die wechselseitige Beteiligung ein wechselseitiges Abhängigkeitsverhältnis mit der Folge, daß §§ 51, 65 Abs. 5, 114 Abs. 6 AktG eingreifen würden, begründet, oder zur Unabhängigkeit beider beteiligter Gesellschaften führt.<sup>229)</sup>

Zur Behandlung des Problems gehört auch eine Feststellung darüber, inwieweit diese Erscheinung sich auf Tatbestände bezieht, die wirtschaftlich tatsächlich vorkommen. Der wechselseitige Aktienbesitz kann auf Zufall beruhen oder als Kapitalanlage dienen. In den meisten Fällen wird er jedoch planmäßig herbeigeführt worden sein.<sup>230)</sup>

Ein planmäßiger wechselseitiger Aktienerwerb war uneingeschränkt vor der Aktienrechtsnovelle des Jahres 1931 möglich. Damals war eine Aktiengesellschaft nicht gehindert, Aktien der herrschenden Gesellschaft zu erwerben.<sup>231)</sup>

Nach der Aktienrechtsnovelle von 1931 war ein Erwerb nur mehr möglich, wenn man den Standpunkt vertrat, daß eine bestehende wechselseitige Verflechtung nicht zur wechselseitigen Abhängigkeit führt und der Erwerb durch Austausch von eigenen Aktien oder durch schrittweisen Erwerb der Aktien der jeweiligen anderen Gesellschaft erfolgte. Die Abstufung bei den einzelnen Erwerbsvorgängen mußte so

---

229) Münchener Merkur Nr. 278 vom 20.10.1954; Süddeutsche Zeitung Nr. 269 vom 20.11.1954

230) Trumpler S. 366; Boesebeck, Stimmrecht S. 403; Hefermehl S. 307

231) vgl. S. 44

bemessen werden, daß eine einseitige Abhängigkeit der einen Gesellschaft von der anderen vermieden wurde. Ein Unterfall dieser Erwerbsart wäre eine entsprechende Kapitalerhöhung beider Gesellschaften unter Ausschluß des gesetzlichen Bezugsrechts der Aktionäre.

War die eine Gesellschaft von der anderen bereits abhängig, so konnte ein Erwerb nur mehr in den zulässigen Grenzen des § 65 AktG (§ 226 HGB) erfolgen. Ein verbotswidriger Erwerb voll eingezahlter Aktien war trotzdem dinglich wirksam (§ 65 Abs. 5, 3 AktG). Dieser Fall dürfte jedoch mit Rücksicht auf die hierdurch ausgelösten Bereicherungsansprüche ohne Bedeutung sein.

Die von Boesebeck noch angeführte Möglichkeit,<sup>232)</sup> durch Abstimmungsvereinbarungen der herrschenden mit der abhängigen Gesellschaft die Beherrschung, also die Stimmenmacht, solange schuldrechtlich zu inhibieren, bis die abhängige Gesellschaft mit ihrer Beteiligung an der herrschenden Gesellschaft gleichgezogen hat, dürfte rechtlich nicht zu verwirklichen sein. Zwar sind nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts Abstimmungsverträge, wenn kein verbotener Stimmenkauf (§ 299 AktG) vorliegt, zulässig und als verbindlich anerkannt.<sup>233)</sup> Sie dürfen jedoch nicht den guten Sitten oder einem Grundsatz des Aktienrechts zuwider laufen.<sup>234)</sup> Bisher wurde meistens verkannt, daß auch § 114 Anm. 6 AktG ein solches grundlegendes Prinzip des Aktienrechts enthält, da der Aktiengesellschaft verwehrt sein soll, ihre eigene Hauptversammlung zu beeinflussen. Eine auf diesen Zweck gerichtete Vereinbarung ist daher nichtig (§ 134 BGB).<sup>235)</sup> Die eigene Hauptversammlung wird auch dadurch beeinflusst,

---

232) Boesebeck, Stimmrecht S. 404; Verflechtung S. 766; Referentenentwurf S. 16

233) RGZ HRR 1936 Nr. 747; RGZ 161, 296 (300)

234) vgl. RGZ 133, 90 (94)

235) Fischer, GmbH.-Rundschau 1953, 66; Hueck § 102 Anm. 2 F gegen Schlegelberger § 15 Anm. 17; § 114 Anm. 28, 29; Godin § 15 Anm. 10; § 114 Anm. 3; Gadow § 114 Anm. 43; Ritter § 12 Anm. 3b; Teichmann § 114 Anm. 2b

daß sich jemand gegenüber der Aktiengesellschaft verpflichtet, seine Stimmenmacht nicht auszuüben, da hierdurch die Machtverhältnisse verfälscht würden.

Inwieweit die wechselseitige Verflechtung Eingang in die deutsche Wirtschaft gefunden hat, wird sich kaum feststellen lassen. Dies hängt damit zusammen, daß die wechselseitige Verflechtung hauptsächlich im Konzernverband zu finden ist und das Bestreben der Konzerne dahin geht, ihre Einflußsphären und die Grundlagen ihrer Beherrschungsmacht vor Dritten möglichst geheim zu halten.<sup>236)</sup> Außerdem bedarf auch bei der großen Anzahl der deutschen Kapitalgesellschaften eine derartige Untersuchung umfassender Vorarbeiten, die sich wohl nur auf eine unmittelbare Erhebung stützen können. Angaben aus zweiter Hand werden gewollt oder unfreiwillig kaum jemals ein in Einzelheiten richtiges Bild der tatsächlichen Lage verschaffen.

Mellinger<sup>237)</sup> gibt auf Grund der späteren amtlichen Statistik an, daß am 31.12.1930 von dem Gesamtnominalkapital der Aktiengesellschaften in Höhe von 24,19 Mrd. RM nicht weniger als 18,05 Mrd. RM, also ungefähr 75 % auf "gegenseitige Beteiligungen" im Sinne von Konzernverflechtungen entfielen.

Dagegen berichtet Würdinger<sup>238)</sup> nach den vom statistischen Bundesamt für den 31.12.1956 veröffentlichten Zahlen, in den damals bestehenden 2577 deutschen Aktiengesellschaften seien 23,7 Mrd. DM an Gesamtnominalkapital investiert gewesen. Die statistischen Angaben ließen, entgegen den Meinungen von Bühler und Rasch, die 80 v.H. des gesamten Kapitals als konzerngebunden ansähen, nur auf eine konzernmäßige Verflechtung von etwa 30 v.H. schließen, wozu noch rund 13 v.H. des Grundkapitals im Besitz von Bund und Ländern kämen.

---

236) Haussmann, Konzentration S. 14

237) Mellinger, Die Bank 1933 S. 412

238) Verhandlungen F. 6; Aktienrecht S. 188

Inwieweit die Verringerung des Prozentsatzes zwischen den Darstellungen von Mellinger und Würdinger auf die von den Alliierten nach dem 2. Weltkrieg eingeleiteten Dekartellisierungsbestrebungen zurückgeht, läßt sich von hier aus nicht beurteilen.<sup>239)</sup> 240)

Rasch<sup>241)</sup> erwähnt, daß sich die Konstruktion der gegenseitigen Abhängigkeit zweier Gesellschaften voneinander gerade im Versicherungswesen einer gewissen Beliebtheit erfreue.

Die wechselseitigen Beteiligungen im Versicherungswesen übersteigen meistens nicht den Satz von 30 %.<sup>242)</sup> 243) Ob allerdings diese Verflechtungen in erster Linie bei Versicherungsgesellschaften auftauchen, bei denen die wechselseitige Beteiligung besondere Gründe hat, wie die Zusammenarbeit befreundeter Versicherungsgesellschaften, die teils der Versicherungsaufsicht unterliegen, teils nicht oder nur beschränkt versicherungsaufsichtspflichtig sind und deshalb nur eine "partielle Verschmelzung" durchführen, wobei ihre rechtliche Selbständigkeit im Wettbewerbsinteresse erhalten bleibt und aus diesem Grunde keine Bedenken gegen eine solche Beteiligung bestünden,<sup>244)</sup> ist erst später zu erörtern.

---

239) vgl. im einzelnen Friedländer S. 12 ff., 50

240) Der Verfasser hat versucht, an Hand von zwei von maßgebenden deutschen Banken herausgegebenen Werken sich wenigstens Anhaltspunkte dafür zu schaffen, in welchen Industriezweigen und in welcher annähernden Höhe wechselseitige Verflechtungen in der deutschen Wirtschaft vorkommen. Nur so lassen sich die häufig in diesem Zusammenhang angeführten Gründe prüfen, insbesondere die Frage nach Mißbräuchen, die auf diesem Gebiet bereits aufgetreten sind und der Erforderlichkeit einer gesetzgeberischen Regelung. Im übrigen vgl. Anhang.

241) Rasch, Konzernrecht S. 49, 50

242) Boesebeck, Referentenentwurf S. 16; Adler § 128 Anm. 132 meint, daß Fälle mit einer wechselseitigen Beteiligung von 95 v.H. in der Versicherungswirtschaft häufig vorkämen.

243) Dies läßt sich auch aus der Aufstellung im Anhang entnehmen.

244) Boesebeck a.a.O. dagegen Kropff S. 16 und Volkswirt 1958 S. 2227

In der übrigen Wirtschaft ist die wechselseitige Beteiligung, soweit ersichtlich, nicht so häufig vertreten, wie in der Versicherungswirtschaft.<sup>245)</sup>

Eine Zusammenstellung von Einzelfällen kann für die Beurteilung sämtlicher Arten der wechselseitigen Verflechtung nicht ausreichend sein, da die personellen und sonstigen Faktoren, die das Verhältnis der einzelnen Unternehmen zueinander bestimmen, nicht feststellbar sind.

#### c)                      Rechtliche Beurteilung

Der Maßstab, ob ein Unternehmen bei wechselseitiger Verflechtung von einem anderen abhängig ist, bemißt sich nach den für die einseitige Abhängigkeit im Rahmen des § 15 Abs. 2 AktG entwickelten Grundsätzen, insbesondere dem, daß ein Unternehmen dem anderen seinen Willen aufzwingen kann. Insoweit gilt für die wechselseitige Verflechtung nichts besonderes.<sup>246)</sup>

Wie schon ausgeführt, bestehen rechtliche Probleme nur, wenn jede Beteiligung des einen Unternehmens an dem anderen für sich allein betrachtet, die Abhängigkeit des einen Unternehmens hervorrufen würde. Für die Beantwortung der Fragen ergeben sich grundsätzlich zwei Möglichkeiten. Man kann annehmen, daß beide Abhängigkeiten auch im Rahmen der wechselseitigen Verflechtung aufrechterhalten bleiben, die wechselseitige Verflechtung also eine wechselseitige Abhängigkeit bedingt, oder, daß beide Abhängigkeiten im Rahmen der wechselseitigen Verflechtung sich nicht auswirken, sich, wie es das Reichsgericht ausgedrückt hat,<sup>247)</sup> kompensieren. Damit ist gemeint, das Ergebnis ist ein Ausschluß des an sich bestehenden Hörigkeitsverhältnisses.<sup>248)</sup>

---

245) vgl. Anhang

246) Schlegelberger § 15 Anm. 14

247) Iduna-Entscheidung: RGZ 149, 305 (308)

248) so h.M.; vgl. Anm. 260

Ausgangspunkt der meisten rechtlichen Erörterungen<sup>249)</sup> über die Frage ist die angegebene Reichsgerichtsentcheidung. Das Reichsgericht hat in den Gründen zur Frage der wechselseitigen Beteiligung folgendes ausgeführt:

"Dabei braucht zu der Frage keine Stellung genommen werden, ob wirklich bei der eigenartigen Verflechtung der beiden Gesellschaften - die gegenseitig prozentual nahezu gleichen Aktienbesitz, fast dieselben Personen als beiderseitige Vorstandsmitglieder und denselben Vorsitzenden des Aufsichtsrats haben - von einer Abhängigkeit dergestalt die Rede sein kann, daß jede Gesellschaft unter dem beherrschenden Einfluß der anderen stünde, und ob nicht vielmehr gerade diese besondere Art der Verflechtung tatsächlich und der Rechtswirklichkeit nach, auf die es ankommt, nicht sowohl ein einseitiges, wenn auch wechselseitiges Herrschaftsverhältnis, sondern vielmehr gerade umgekehrt beiderseits den Ausschluß eines Hörigkeitsverhältnisses, wie es § 226 Abs. 4 HGB im Auge hat, zur Folge hatte. Dafür würde sprechen, daß eben keine der beiden Gesellschaften der anderen ihren Willen aufzwingen könnte, sie vielmehr umgekehrt gegenseitig auf eine Verständigung angewiesen wären, wie sie z.B. bei gleichgeordneten Konzerngesellschaften über die beiderseitigen Belange herbeigeführt werden muß."

aa) Entspricht die Iduna-Entscheidung dem heutigen  
Recht?

Die Entscheidung ist am 19. November 1935, also unter der Geltung des § 226 HGB in der Fassung der Aktienrechtsverordnung von 1931 ergangen. Diese Gesetzesfassung wurde

---

249) Amtliche Begründung zu § 15 AktG (RAnz. vom 4.2.1937, S. 2); Fischer § 15 Anm. 4; Hueck § 15 Anm. 3 C; Schlegelberger a.a.O.; Teichmann § 15 Anm. 4; Ritter § 15 Anm. 4 c; Hefermehl S. 304; Boesebeck, Stimmrecht S. 401; Adler § 128 Anm. 132; Friedländer S. 67

vom Aktiengesetz vom 30. Januar 1937 (in Kraft getreten am 1. Oktober 1937; § 1 EG AktG) abgelöst. Das Aktiengesetz brachte als Neuerung das Verbot für abhängige Unternehmen (§ 15 Abs. 2 AktG) mit Aktien der herrschenden Gesellschaft in der Hauptversammlung dieser abzustimmen (§ 114 Abs. 6 AktG). Der Begriff der abhängigen Gesellschaft - jetzt nach dem Aktiengesetz des abhängigen Unternehmens - hat sich dagegen in seinen Grundzügen nicht gewandelt, vielmehr hat § 15 Abs. 2 AktG die Definition des § 226 Abs. 4 HGB im wesentlichen übernommen und nur auf Unternehmen statt Gesellschaften ausgedehnt. Dieser Grund kann also nicht ausschlaggebend dafür sein, daß wegen einer Änderung des Gesetzes die Entscheidung des Reichsgerichts heute nicht mehr gültig ist, da das Kriterium der Abhängigkeit nach wie vor das gleiche ist.

Nach Hefermehl<sup>250)</sup> hat sich die Rechtslage gegenüber dem HGB jedoch insofern verschoben, als die Hauptversammlung heute, im Gegensatz zu früher, nicht mehr unmittelbar in die Geschäftsführung eingreifen, also dem Vorstand keine Weisungen erteilen kann. Die Ausübung des Stimmrechts aus Aktien, die zu einer wechselseitigen Beteiligung gehören, ist Geschäftsführungsmaßnahme und fällt damit in den Bereich des Vorstands, der für die Vertretung der Aktiengesellschaft nach §§ 70, 71 AktG ausschließlich zuständig ist. Die Hauptversammlung der eigenen Gesellschaft, die ja von dem Willen des Vorstands der anderen Gesellschaft beherrscht wird, müßte ihrem Vorstand Weisungen erteilen können, so führt Hefermehl aus, wenn sie erreichen wolle, daß der Vorstand in einem bestimmten Sinn in der Hauptversammlung der anderen Gesellschaft stimmt. Eine ohne Verlangen des Vorstands getroffene Entschließung der Hauptversammlung über Fragen der Geschäftsführung ist rechtlich jedoch bedeutungslos (§ 103 Abs. 2 AktG).<sup>251)</sup> Damit ergibt sich, daß die Hauptver-

---

250) Hefermehl S. 306

251) Hueck § 103 Anm. 4 B; Schlegelberger § 103 Anm. 6

sammlung mit Hilfe ihrer Stimmenmacht jedenfalls nicht unmittelbar die Geschäftsführung des Vorstands beeinflussen und damit erzwingen kann, daß das Stimmrecht für Aktien, die die Gesellschaft in Händen hat, in einer bestimmten Weise ausgeübt wird.

Diese Auffassung von Hefermehl ist zu billigen, sofern sie wörtlich verstanden wird. Es ist einer Hauptversammlung unmittelbar unmöglich, auf ihren Vorstand Einfluß zu nehmen. Wie Hefermehl aber weiter darlegt, kann die Hauptversammlung mittelbar auf den Vorstand einwirken. Zwar hat das Aktiengesetz im Zuge des Führerprinzips des Dritten Reiches die Stellung des Vorstands gegenüber den früheren Rechtsvorschriften wesentlich verstärkt, die Abhängigkeit des Vorstands vom Willen der Hauptversammlung ist rechtlich und praktisch aber immer noch gegeben, da der Aufsichtsrat, dem nach § 75 Abs. 1 AktG. die Bestellung der Vorstandsmitglieder obliegt, gemäß § 87 Abs. 1 AktG von der Hauptversammlung gewählt wird. Erfahrungsgemäß verkörpert der Aufsichtsrat die Mehrheitsbeteiligung in der Hauptversammlung und wird daher nach den Wünschen dieser Mehrheit handeln, wozu auch die Bestellung eines entsprechenden Vorstands gehört, der ebenfalls die Interessen der Mehrheit der Aktionäre wahrt. Auf diese Weise läßt sich eine mittelbare Beeinflussung des Vorstands durch die Hauptversammlung erreichen, die gewährleistet, daß der Vorstand das Stimmrecht für die Gesellschaft in der Hauptversammlung der anderen Gesellschaft zwar nicht nach den Weisungen, aber nach den Grundzügen der Geschäftspolitik der Mehrheit der Aktionäre ausübt.<sup>252)</sup>

So einschneidend die Änderung des Handelsgesetzbuches in dieser Hinsicht durch das Aktiengesetz sein mag, so ist doch m.E. hieraus nicht zu folgern, die angeführte Reichsgerichtsentscheidung sei durch die Gesetzgebung über-

---

252) Würdinger, Aktienrecht S. 193, 194

holt.<sup>253)</sup> Nach dem Mitbestimmungsrecht ist die Rechtslage in der überwiegenden Anzahl der Fälle, nämlich bei Gesellschaften, die unter das Betriebsverfassungsgesetz fallen, dieselbe, wie nach dem Aktienrecht. Das Betriebsverfassungsgesetz (§ 76 Abs. 1) schreibt vor, daß in den Aufsichtsrat Aktionärs- und Arbeitnehmervertreter im Verhältnis 2:1 zu entsenden sind. Der Aufsichtsrat entscheidet grundsätzlich mit einfacher Stimmenmehrheit;<sup>254)</sup> die Aktionärsvertreter können also die Arbeitnehmervertreter ohne weiteres überstimmen.

Anders ist es bei Montan-Aktiengesellschaften und Montan-Holding-Gesellschaften, da sich der Aufsichtsrat bei diesen aus einer gleichen Anzahl von Vertretern der Aktionärsseite, von Arbeitnehmervertretern bzw. von der Arbeitnehmerseite delegierten Personen sowie im Regelfall einem Unparteiischen zusammensetzt.<sup>255)</sup> Die Aktionärsseite wird in einem so zusammengesetzten Aufsichtsrat nicht die Mehrheit besitzen und damit die Zusammensetzung des Vorstands<sup>256)</sup> - abgesehen von dem sowieso einzusetzenden Arbeitsdirektor<sup>257)</sup> - nach ihrem Willen nicht erreichen können. Dieser Ausnahmefall kann jedoch für die allgemeine Beurteilung außer Betracht bleiben.

Das Reichsgericht nahm zur Frage der neutralisierenden Wirkung der wechselseitigen Beteiligung Stellung, obwohl der Sachverhalt der zur Entscheidung stand, streng genommen keinen Anlaß hierzu geboten hat. Dies hat das Gericht in den Eingangsworten des betreffenden Absatzes

---

253) a.M. Hefermehl a.a.O.; Rasch, Konzernrecht S. 49; Ellscheid in Verhandlungen F 105

254) Hueck § 92 Anm. 3 B

255) §§ 4 ff. Mitbestimmungsgesetz; §§ 5 ff. Mitbestimmungsergänzungsgesetz

256) § 12 Mitbestimmungsgesetz; § 13 Mitbestimmungsergänzungsgesetz

257) § 13 Mitbestimmungsgesetz; § 13 Mitbestimmungsergänzungsgesetz

ausgedrückt.<sup>258)</sup> Hieraus schließt Hefermehl<sup>259)</sup> die Übernahme der Schlußfolgerung der Entscheidung in die herrschende Meinung<sup>260)</sup> sei nicht gerechtfertigt, da der Anspruch nur beiläufig erfolgt sei. Eigentlicher Sinn der Entscheidung sei es gewesen, die Einheitstheorie, nach der herrschendes und abhängiges Unternehmen als Einheit zu betrachten seien, folglich Aktien der herrschenden Gesellschaft, die sich im Besitz des abhängigen Unternehmens befinden, als Aktien des herrschenden Unternehmens zu gelten haben, im Einklang mit früheren Urteilen<sup>261)</sup> abzulehnen. Nur deshalb habe das Reichsgericht die Anwendung des § 226 Abs. 4 HGB ausgeschlossen. Gerade diese Bestimmung habe in § 114 Abs. 6 AktG eine Erweiterung erfahren, so daß nunmehr das abhängige Unternehmen mit Aktien des herrschenden nicht stimmen darf.<sup>262)</sup>

Meiner Ansicht unterscheiden sich die einzelnen Teile der Entscheidung so klar voneinander und man darf annehmen, daß der auf Seite 77 zitierte Absatz der Entscheidung eigenständigen Charakter haben sollte.

bb) Ist die Ansicht des Reichsgerichts durch den Gesetzgeber sanktioniert worden?

Die amtliche Begründung zu § 15 AktG<sup>263)</sup> bemerkt zur wechselseitigen Verflechtung:

258) vgl. S. 77

259) Hefermehl a.a.O.

260) Hueck § 15 Anm. 3 C; § 114 Anm. 7 C; Schlegelberger § 15 Anm. 14; Godin § 15 Anm. 9; Teichmann § 15 Anm. 4; Boesebeck, Stimmrecht S. 401; Verflechtung S. 766 ff.; Neufeld JW 1931, 3040 (3043); Simon BankA XXXVI S. 242; Dietrich JW 1937, 976 (978); Eckelt JW 1937, 1198 (1201); Gerloff SozPr 1938 Sp. 612; Herold SozPr 1939 Sp. 725; Dietrich DR 1941, 1941; zweifelnd Fischer § 15 Anm. 4

261) RGZ 103, 64 (66); 115, 246 (253)

262) Ellscheid vertritt den Standpunkt, das Reichsgericht hätte bei wechselseitiger Beteiligung eine gegenseitige Beherrschung und Abhängigkeit anerkannt, wenn z.Z. des Iduna-Urteils das Aktiengesetz bereits für den zur Entscheidung stehenden Sachverhalt maßgebend gewesen wäre (vgl. Verhandlungen F 105).

263) RAnz. vom 4.2.1937, S. 2

"Auch bei einer wechselseitigen Verflechtung von Unternehmen entscheidet sich die Frage, ob das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist danach, ob der Aktienbesitz des einen allein oder in Verbindung mit anderen Mitteln die Beherrschung des anderen gestattet. Dabei ist hervorzuheben, daß eine wechselseitige Verflechtung von Unternehmen durch gleich oder ungefähr gleich hohen Aktienbesitz in der Regel eine Abhängigkeit des einen Unternehmens von dem anderen nicht begründen kann, da keine der beiden Gesellschaften der anderen ihren Willen aufzwingen kann, sie vielmehr auf Verständigung angewiesen sind."

Man findet hierin die Ausführungen des Reichsgerichts in der Iduna-Entscheidung wieder.

Der Gesetzgeber hat mit dem Aktiengesetz weitgehend das Ziel verfolgt, Stimmrechte zu beseitigen, denen keine entsprechende wirkliche Kapitalbeteiligung zu Grunde liegt. Das Depotstimmrecht der Banken wurde im Aktiengesetz in § 114 Abs. 5 neu gestaltet, das Mehrstimmrecht eingeschränkt, die Vorratsaktien ihres mißbräuchlichen Charakters entkleidet.<sup>264)</sup> Das bisher zulässige Stimmrecht aus Aktien der herrschenden Gesellschaft, die einer abhängigen Gesellschaft gehörten, wurde abgeschafft (§ 114 Abs. 6 AktG).

Boesebeck<sup>265)</sup> vertritt die Ansicht, daß der Gesetzgeber, hätte er von der Iduna-Entscheidung abweichen wollen, im Zuge der Neuregelung der sog. Verwaltungsstimmen auch Stimmrechte aus wechselseitiger Beteiligung berücksichtigt hätte, da es sich hierbei um Luftstimmrechte handle, denen keine wirkliche Kapitalbeteiligung zu Grunde liege. Der Gesetzgeber hat aber gerade die Meinung des Reichsgerichts in seiner Begründung wiedergegeben und damit "durch beredtes, schlüssiges Schweigen zum Ausdruck

---

264) Hueck Einl. Anm. 3 A

265) Boesebeck, Stimmrecht S. 401

gebracht, daß diese Auffassung positives Recht geworden sei."

Boesebeck muß zugegeben werden, die amtliche Begründung zum Aktiengesetz spiegelt genauer als bei heutigen Gesetzen den wirklichen Willen des Gesetzgebers wider, da während des Dritten Reiches Gesetze, wie auch das Aktiengesetz, im Verwaltungswege erlassen wurden.<sup>266)</sup> Daraus schon zu entnehmen, daß hier positives Recht vorliege, dürfte zu weit gehen. Die Motive des Gesetzgebers können als Auslegungsrichtlinien für die das Gesetz beherrschenden Gedanken dienen.<sup>267)</sup> Selbst diesen wird man nicht folgen, wenn ganz überwiegende Gründe der Zweckmäßigkeit dagegen sprechen. Gerade bei den einschlägigen Bestimmungen des Aktiengesetzes, die zum Schutze gegen Mißbräuche erlassen sind, werden Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte bei der Auslegung stärker zu berücksichtigen sein, als allgemein üblich, um zu vermeiden, daß durch Umgehung der Vorschriften ihr Wirklichkeitswert gemindert wird.<sup>268)</sup> Wie unten gezeigt werden wird, sind mit wechselseitigen Beteiligungen mehrere unerwünschte Nebenerscheinungen verbunden,<sup>269)</sup> die zu sanktionieren kaum Wille des Gesetzgebers gewesen sein dürfte. Abgesehen hiervon schränkt die amtliche Begründung ihre Stellungnahme zu diesem Problem durch die Worte "in der Regel" ein. Damit fehlt auch die Bestimmtheit der Aussage des Gesetzgebers, was ebenfalls gegen die Annahme einer konkludenten Gesetzgebung spricht.

Die tatsächlichen Merkmale reichen auch nicht aus, um eine gewohnheitsrechtliche Regelung der Frage anzunehmen. Zum Entstehen des Gewohnheitsrechts bedarf es eines allgemeinen Rechtsgeltungswillens der Gemeinschaft oder ihrer Organe. Ein solcher Rechtsgeltungswille wird sich prak-

---

266) Gadow Einl. a.E.

267) Enneccerus-Nipperdey S. 330

268) im Ergebnis ebenso Mestmäcker S. 116

269) vgl. S. 92 ff.

tisch - von Ausnahmen abgesehen - erst nach stetiger und dauernder Übung bilden. Seine Manifestierung erfolgt vornehmlich durch die dafür vorgesehenen Organe der Gemeinschaft, auf dem Gebiete des Privatrechts also durch die Gerichte. Eine einzelne, den konkreten Fall betreffende Gerichtsentscheidung schafft jedoch noch kein objektives Recht, sofern dies nicht ein Gesetz ausdrücklich vorsieht (vgl. § 31 Abs. 2 BVGG), sondern es wird zur Manifestierung eine sog. ständige Rechtsprechung vorausgesetzt, damit dem Begriff der "dauernden Übung" genügt wird. Einen Maßstab für die Geltung als Gewohnheitsrecht kann die Erwägung geben, ob eine ständige Rechtsprechung bereits ein Vertrauen in den Kreisen derer, die es angeht, erzeugt hat, daß künftig gleichartige Fälle im Sinne dieser Rechtsprechung entschieden werden.<sup>270)</sup>

Die herrschende Lehre, die davon ausgeht, daß eine gleich oder annähernd gleich hohe wechselseitige Beteiligung zur Unabhängigkeit beider Gesellschaften führt, hat nicht rechtsbildend gewirkt, da sie nicht durch eine Manifestierung zum Gewohnheitsrecht erhoben wurde.<sup>271)</sup>

Auch aus § 9 Abs. 1 KStG läßt sich keine Sanktion des Gesetzgebers für die wechselseitigen Beteiligungen herleiten. Zwar gewährt er jeder Gesellschaft steuerlich das sog. Schachtelprivileg bei einer Beteiligung von 25 % an dem anderen Unternehmen, doch ist hiermit nichts über die sonstigen Rechte aus derartigen Beteiligungen ausgesagt.<sup>272)</sup> Im übrigen wurde bereits dargelegt, daß, so entscheidend steuerrechtliche Gesichtspunkte für das

---

270) Enneccerus-Nipperdey S. 264 ff.

271) Enneccerus-Nipperdey S. 277

272) Rasch, Gutachten S. 42

Handeln der einzelnen Gesellschaften oft sein mögen, das Aktienrecht die für das Steuerrecht geschaffenen Begriffe im allgemeinen nicht übernehmen kann.<sup>273)</sup>

cc)      Kompensieren sich die einseitigen Abhängigkeiten  
            bei wechselseitiger Verflechtung?

Kernpunkt des Problems der wechselseitigen Beteiligung ist, ob diese eine sonst einseitig bestehende Abhängigkeit neutralisieren kann. Für den Einzelfall muß festgestellt werden, ob tatsächlich die Einwirkung der einen Gesellschaft A auf die Hauptversammlung der anderen Gesellschaft B erreicht, daß die Gesellschaft B nunmehr ihre Stimmenmacht nicht mehr in dem von ihr allein gewünschten Sinn geltend machen kann. Gleiches müßte umgekehrt gelten. Andernfalls läge ein einseitiges Abhängigkeitsverhältnis vor.

Die Hauptversammlung kann, wie bereits erörtert, nur mittelbar über den Aufsichtsrat den Vorstand beeinflussen. Wenn beide Gesellschaften erreichen wollten, daß die Ausübung des Stimmrechts in ihrem Sinn erfolgt, müßte sich nach Hefermehl<sup>274)</sup> folgendes abspielen:

Wenn z.B. die Aktiengesellschaft A an der Aktiengesellschaft B mit 95 v.H. und die Aktiengesellschaft B an der Aktiengesellschaft A in gleicher Höhe beteiligt ist, müßte die Gesellschaft A in der Hauptversammlung der Gesellschaft B einen ihr genehmen Aufsichtsrat wählen, der seinerseits einen Vorstand bestellt, der den Wünschen der A-Gesellschaft nachkommt. Bevor dieser neue Vorstand der Gesellschaft B berufen wurde, müßte diese in der Hauptversammlung der Gesellschaft A dasselbe zu erreichen suchen und durch die neugewählten Aufsichtsratsmitglieder Personen als Vorstandsmitglieder wählen lassen, die den Willen der Gesellschaft B verwirklichen. Dann könnte die

---

273) vgl. S. 61

274) Hefermehl S. 307

Gesellschaft A, da sie einen der Gesellschaft B hörigen Vorstand hat, die auf Grund der Beteiligung bei der Gesellschaft B mögliche Einflußnahme nicht mehr uneingeschränkt ausüben und umgekehrt ergäbe sich dasselbe Bild. Beide Vorstände wären dann voneinander abhängig; sie müßten sich, wie das Iduna-Urteil sagt, verständigen.

Hefermehl bezweifelt nun, daß dieser Vorgang tatsächlich durchführbar ist. Die eben beschriebene Abwicklung setzt voraus, daß die Hauptversammlungen beider Gesellschaften wenigstens im Abstand von einigen Tagen stattfinden. Läge zwischen den Terminen nur ca. 1 Monat, könnte es nicht mehr dazu kommen, daß in die Vorstände Personen berufen werden, die willensmäßig jeweils an die andere Gesellschaft gebunden sind. Die Gesellschaft, bei der die Hauptversammlung früher stattgefunden hat, würde erzwingen, daß von ihr abhängige Personen in den Aufsichtsrat der anderen Gesellschaft gewählt werden, die den alten Vorstand abberufen und einen neuen mit ihr willfähigen Personen besetzen. Dann wäre vereitelt, daß dieser Vorstand in der Hauptversammlung der Gesellschaft, von der er abhängig ist, gegen den Willen des dortigen Vorstandes stimmt.

Die Gesellschaft, die zuerst von ihrer Beteiligung Gebrauch macht, würde folglich die andere unterwerfen und deren Einfluß ausschalten, während sie ihren eigenen Einfluß noch verstärken würde.

In Wirklichkeit handelt es sich aber hier gar nicht um ein Problem der wechselseitigen Beteiligung. Bei einem derartigen Ablauf der Dinge würde die eine Gesellschaft das andere Unternehmen trotz Vorliegens einer wechselseitigen Beteiligung beherrschen.

Die Kritik Boesebecks<sup>275)</sup> an der Darstellung Hefermehls ist m.E. berechtigt. Es ist wahrscheinlicher, daß zwei Vorstände, die wissen, daß ihre Unternehmen maßgeblich

---

275) Boesebeck, Stimmrecht S. 403

aneinander beteiligt sind, sich vor Abhaltung der Hauptversammlungen verständigen und durch Absprachen die Geschäftspolitik festlegen. Sie werden kaum einen Wettlauf wegen der Einberufung der Hauptversammlung mit der anderen Gesellschaft veranstalten.

Richtig ist, daß der eine Vorstand (A) von der durch die Beteiligung gegebenen Möglichkeit der Beherrschung der anderen Gesellschaft nur dann keinen Gebrauch machen wird, wenn dies der andere Vorstand (B) verhindern kann. Gerade weil der Vorstand A auf Grund des herrschenden Einflusses der Gesellschaft B bestellt worden und persönlich an deren Willen gebunden ist, würde er seinerseits nicht gegen den Willen der Gesellschaft B handeln, worin die Beherrschung durch die Gesellschaft B liegt. Umgekehrt müßte, da sonst die eine Gesellschaft von der anderen abhängig wäre, dasselbe gelten. Warum nach Hefermehl<sup>276)</sup> "die Rechnung, wonach die Abhängigkeit entfallen soll, nicht aufgeht", ist nicht einzusehen. Die Verständigung beider Vorstände wird regelmäßig dazu führen, daß beide Gesellschaften im Ergebnis von beiden Vorständen nach deren gemeinsamen Wünschen geleitet werden, da die Vorstände in der Lage sind, beide Hauptversammlungen zu beherrschen.<sup>277)</sup> Gegen diese Auswirkung richtet sich wohl in erster Linie die Kritik Hefermehls.<sup>278)</sup>

Aus dem Sachverhalt zu schließen, daß deswegen beide Gesellschaften voneinander abhängig seien, geht m.E. nicht an.<sup>279)</sup>

Nach Hefermehl<sup>280)</sup> könne wenigstens folgender allgemeiner Grundsatz nicht aufgestellt werden: Zwei Unternehmen, die beide ein gleich oder annähernd gleich großes Aktien-

---

276) Hefermehl S. 306, 307

277) Kropff S. 15

278) Boesebeck, Stimmrecht a.a.O.

279) a.A. Ritter § 15 Anm. 4 c; Hefermehl S. 307; Rasch, Konzernrecht S. 48, 49; Gutachten S. 42; Adler WTr 1936, 214; Ruth S. 19

280) Hefermehl a.a.O.

paket - das für sich allein betrachtet, die Beherrschung des anderen Unternehmens ermöglichen würde - der anderen Gesellschaft besitzen, können in der Regel nicht in einem zweiseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen. Dem ist nicht zuzustimmen.

Allerdings scheint mir die Deduktion von Boesebeck,<sup>281)</sup> die beweisen soll, daß ein beiderseitiges Abhängigkeitsverhältnis logisch überhaupt nicht auftauchen könne, nicht zwingend. Er legt dar, daß, wenn eine Gesellschaft von der anderen abhängig sei, so sei dies nicht deswegen der Fall, weil die andere Gesellschaft Aktien besitze, sondern weil diese ihren Stimmrechtseinfluß durch die Aktien ausüben könne.<sup>282)</sup> Wenn nun die wechselseitige Beteiligung eine wechselseitige Abhängigkeit erzeugen würde, kämen auf beide Unternehmen die Vorschriften der §§ 65 Abs. 5 und 114 Abs. 6 AktG zur Anwendung, d.h., beide Gesellschaften hätten aus ihren Beteiligungen kein Stimmrecht. Mit dem Wegfall des Stimmrechts würde aber ebenfalls der Grund für die Abhängigkeit entfallen, so daß beide Gesellschaften wieder unabhängig wären. Infolgedessen hätten sie wieder Stimmrecht und deswegen wäre wieder das Stimmrecht ausgeschlossen usw. ad finitum.

Hier wird die Folgerung des Gesetzgebers mit dem ursprünglichen Sachverhalt derart vermengt, wie es nicht Sinn des Gesetzes sein kann. Das Gesetz will die Folgen einer Abhängigkeit, nämlich das Stimmrecht der abhängigen Gesellschaft und die daraus entspringenden Gefahren beseitigen. Darüber hinaus weitere Schlüsse zu ziehen, etwa dahingehend, daß der grundsätzliche Tatbestand verändert würde, wäre gegen den Sinn des Gesetzes.

Die Begründung ist darin zu sehen: Voraussetzung für die Annahme einer wechselseitigen Beteiligung ist, daß jede Beteiligung, für sich gesehen, die Beherrschung der

---

281) Boesebeck, Stimmrecht S. 402

282) Schlegelberger § 15 Anm. 17

anderen Gesellschaft ermöglicht, keine Beteiligung so aber dem einen Unternehmen ein Übergewicht über das andere vermittelt.<sup>283)</sup> Wenn sich beide Vorstände, wie beschrieben, einigen, kann kein Unternehmen durch seinen Vorstand dem anderen seinen Willen aufzwingen.

dd) Konzernmäßige Verflechtung

Oben wurde die Möglichkeit, daß die Vorstände der wechselseitig verflochtenen Unternehmen zusammenarbeiten und gemeinsam in den Hauptversammlungen ihren Willen durchsetzen, aufgezeigt. Begründet diese Leitungsmacht eine Abhängigkeit der beiden Gesellschaften voneinander?

Eine Abhängigkeit im Sinn von § 15 Abs. 2 AktG wird nur begründet, wenn ein Unternehmen von einem anderen Unternehmen abhängig ist.<sup>284)</sup> Beide Unternehmen müssen nicht eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, jedoch rechtlich selbständig sein. Diese rechtliche Selbständigkeit fordert ein Auftreten im Rechtsverkehr als Einheit.<sup>285)</sup> Personen oder Personengesamtheiten können, wenn nicht Merkmale hinzukommen, die sie als Unternehmen gelten lassen, weder herrschender noch abhängiger Teil im Sinne der Bestimmung sein. Die Mitglieder des Vorstandes der beiden Gesellschaften stellen keine Personenmehrheiten dar, die im Geschäftsleben als Einheit betrachtet werden, sondern sie handeln als Organe für ihr Unternehmen. Damit entfällt eine Abhängigkeit der beiden wechselseitig miteinander verflochtenen Gesellschaften von den sie gemeinsam beherrschenden Vorständen und gleichzeitig die Voraussetzung für die Anwendung der §§ 65 Abs. 5 und 114 Abs. 6 AktG.

Ob ein Konzernverhältnis bei einer wechselseitigen Verflechtung gegeben ist, entscheidet sich danach, ob beide

---

283) vgl. S. 71

284) vgl. oben S. 48

285) Schlegelberger § 15 Anm. 7

Unternehmen unter einheitlicher Leitung stehen. Es ist nicht erforderlich, jedoch möglich, daß die einheitliche Leitung in dem engen Sinn verstanden wird, daß sie durch einen Vorstand im Sinne von § 7o AktG erfolgt.<sup>286)</sup> Wenn sich auch die Vorstände zweier wechselseitig miteinander verflochtener Unternehmen auf eine gemeinsame Geschäftspolitik geeinigt haben, wird man nicht schlechthin von einer einheitlichen Leitung sprechen können. Ihre Macht beruht lediglich auf der Gleichordnung der zwei Unternehmen, deren Vorstandsmitglieder sie sind, und endet, wenn es zu Meinungsverschiedenheiten kommt. Es dürfte aber Adler<sup>287)</sup> zu folgen sein, der ein Konzernverhältnis annimmt, wenn eine einheitliche Leitung bei der Unternehmen generell vorgesehen ist.

Dies ändert, selbst wenn man Trumpler<sup>288)</sup> recht gibt, der die Lebensfähigkeit von wechselseitig verflochtenen Unternehmen auf ihrem Konzernverhältnis beruhen läßt, nichts an der Beurteilung der Abhängigkeit. Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 AktG begründet zwar den Status eines Konzernunternehmens, jedoch bedingt dieser nicht umgekehrt das Verhältnis der Abhängigkeit. Mit dem Begriff, daß zwei wechselseitig miteinander verflochtene Unternehmen einen Konzern bilden, ist für die Beurteilung, ob diese Unternehmen voneinander abhängig sind, nichts gewonnen.<sup>289)</sup>

Nicht übersehen werden darf, daß die wechselseitige Beteiligung im Rahmen eines Konzernverbandes oft eine andere Beurteilung erfahren muß, als der Musterfall der wechselseitigen Beteiligung, der hier erörtert wurde.

---

286) Schlegelberger § 15 Anm. 8

287) Adler § 128 Anm. 132; für Konzernverhältnis: Boesebeck, Stimmrecht S. 4o2. dagegen Schlegelberger a.a.O.; Godin § 15 Anm. 1; Teichmann § 15 Anm. 4

288) Trumpler S. 366

289) Adler WTr 1936, 214 meint dagegen, daß die Frage der Abhängigkeit von geringerer Bedeutung sein wird, wenn zwischen beiden Gesellschaften von einem Konzernverhältnis gesprochen werden könne.

Meistens wird die gegenseitige Verschachtelung auf eine Anordnung der Konzernleitung zurückgehen, die die einzelnen Posten mit von ihr abhängigen Personen besetzt. Aus diesem Grunde wird es häufig, gerade wenn eine Gesellschaft mit der anderen beteiligungsmäßig "gleichzieht", bei der ursprünglichen einseitigen Abhängigkeit trotz der wechselseitigen Beteiligung verbleiben.<sup>290)</sup>

Die Unterscheidung, die Trumpler<sup>291)</sup> einführt, nämlich Unabhängigkeit der beiden Gesellschaften voneinander nur anzunehmen, wenn die gegenseitige Beteiligung auf Zufall beruht oder lediglich zur Kapitalanlage dient, dagegen eine Abhängigkeit zu konstruieren, wenn die Gesellschaften unter einheitlicher Leitung stehen, wird dem Sachverhalt nicht gerecht. Hier werden zwei Begriffe miteinander vermengt, nämlich der Begriff der wechselseitigen Beteiligung und der des Konzernverhältnisses. Wie dargelegt, begründet das Vorliegen eines Konzernverhältnisses keine Abhängigkeit ipso iure, sondern es müssen hierfür besondere Voraussetzungen erfüllt sein. Trumpler wertet in Wirklichkeit die Frage, inwieweit wechselseitige Beteiligungen legitimen Zwecken dienen können.

ee)                    Dienen wechselseitige Beteiligungen legitimen  
                                         Zwecken?

Über dieses Thema gehen die Meinungen stark auseinander. Im allgemeinen wird der Standpunkt, es sei nicht einzusehen, welche rechtlich anerkannten Gründe die wechselseitige Verflechtung rechtfertigen sollen, von denjenigen verfochten, die in ihr eine wechselseitige Abhängigkeit erblicken.<sup>292)</sup> Die Gegenmeinung<sup>293)</sup> behauptet die Legitimität der wechselseitigen Beteiligungen.

---

290) Hefermehl S. 307

291) Trumpler a.a.O. dagegen Boesebeck, Stimmrecht S. 402

292) Rasch, Konzernrecht S. 116; Gutachten S. 42;  
Mestmäcker S. 116

293) Boesebeck, Verflechtung S. 768

Eine Stellungnahme zu den einzelnen Ansichten ist erst abzugeben, wenn die Auswirkungen der wechselseitigen Verflechtungen behandelt sind. Sie von vornherein als per se billigenswert oder unerwünscht hinzustellen, scheint mir nicht angängig, selbst wenn man darauf verweist, daß § 65 AktG und damit die Regelung über die abhängigen Gesellschaften eine Zweckmäßigkeitstösung und im eigentlichen Sinn einen Kompromiß darstellt.<sup>294)</sup>

Als Maßstab können die einzelnen Prinzipien des Aktienrechts dienen, zu deren Schutz die Vorschriften geschaffen wurden, die auf die wechselseitigen Beteiligungen Anwendung finden würden, wenn sich in ihr eine wechselseitige Abhängigkeit ausdrücken würde. Dies sind die §§ 51 Abs. 2, 65 Abs. 5 und 114 Abs. 6 AktG. Sie wollen vermeiden, daß die Bestimmungen der §§ 51, 52 und 65 Abs. 1-4, 6, 7 AktG durch Gründung abhängiger Unternehmen umgangen werden. Vor einem Mißbrauch geschützt sollen im wesentlichen folgende Prinzipien werden:

die Ausschaltung von Verwaltungsstimmen (§§ 114 Abs. 6, 65 Abs. 7 AktG),

die Erhaltung des Grundkapitals mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr (§§ 52, 65 AktG),

der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre.

Zu den Verwaltungsaktien rechnen solche, denen keine wirkliche Kapitalbeteiligung zu Grunde liegt, der Verwaltung der Aktiengesellschaft aber die Möglichkeit geben, selbst in ihrer eigenen Hauptversammlung zu stimmen und damit zur Willensbildung beizutragen. Hierdurch wird das aktienrechtliche Kräfteverhältnis zu Ungunsten der mit Kapitaleinlagen beteiligten Aktionäre verschoben.<sup>295)</sup> Es könnte dadurch erreicht werden, daß oppositionelle oder auch nur auf Wahrung ihrer Rechte bedachte

---

294) Rasch, Gutachten S. 42.

295) Boesebeck, Referentenentwurf S. 15; Westmäcker S. 116

Aktionäre ausgeschaltet oder ihr Einfluß wesentlich vermindert wird.<sup>296)</sup>

Wie schon behandelt, dürfte bei wechselseitiger Beteiligung die Regel sein, daß sich die Vorstandsmitglieder beider Gesellschaften nicht gegenseitig in Schach halten, also gegenseitig sich nur widerwillig den Wünschen des anderen fügen, sondern sie werden sich notgedrungen oder auf Anweisung der Leitung ihres Konzerns zu einer einheitlichen Front zusammenfinden. Diese steht den Minderheitsaktionären gegenüber, da jeder der beiden Vorstände über den anderen seine eigene Hauptversammlung beeinflussen und den Willen der Minderheit im allgemeinen ausschalten kann. Voraussetzung ist ja bei einer wechselseitigen Beteiligung, daß diese allein zur Beherrschung ausreicht. Eine Ausschaltung des Stimmrechts in diesen Fällen wäre also angebracht.

Daß dies aber nicht immer sinnvoll zu sein braucht, veranschaulicht das Beispiel Boesebecks.<sup>297)</sup>

Die Aktiengesellschaft A und die Aktiengesellschaft B haben je ein Grundkapital von 1 Mill. DM. An dem Kapital der Aktiengesellschaft A sind die Aktiengesellschaft B zu nom. 750.000 DM und freie Aktionäre zu nom. 250.000 DM beteiligt. An dem Kapital der Aktiengesellschaft B besteht eine Beteiligung der Aktiengesellschaft A mit nom. 980.000 DM und von freien Aktionären mit nom. 20.000 DM. Rein wirtschaftlich betrachtet, fallen nom. 750.000 DM wechselseitige Aktien ins Leere.<sup>298)</sup> Das wirkliche Kapital beider Gesellschaften beträgt also nur 2 Mill. DM abzüglich 2 x 750.000 DM; das Kapital jedes Unternehmens nom. 250.000 DM.<sup>299)</sup>

---

296) Boesebeck, Verflechtung S. 766

297) Boesebeck, Stimmrecht S. 404

298) Dies ist allerdings nur richtig, wenn beide Beteiligungen gleich wertvoll sind. Zur Frage der Bewertung von Beteiligungen vgl. u.a. Heinen Band II S. 224 ff.

299) Bewertungsfragen wieder ausgeklammert

Das wirkliche Kapital der Aktiengesellschaft A besteht dann aus nom. 230.000 DM Aktien der Aktiengesellschaft B und 20.000 DM sonstigen Werten. Das Kapital der Aktiengesellschaft B besteht überhaupt nicht aus Aktien der Aktiengesellschaft A, sondern nur aus 250.000 DM sonstigen Werten.

Unterstellt man, daß beide Gesellschaften voneinander abhängig sind, weil jede eine 75 prozentige Mehrheit an der anderen Gesellschaft besitzt, also jede an der Ausübung des Stimmrechts für ihre Beteiligung in der Hauptversammlung der anderen Gesellschaft gehindert wäre (§ 114 Abs. 6 AktG), ergibt sich folgendes:

Die Aktiengesellschaft B könnte mit ihrer Beteiligung von 750.000 DM in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft A nicht abstimmen. Dies läßt sich rechtfertigen, da diese Beteiligung wirtschaftlich ins Leere fällt. Das Stimmrecht würde allein von freien Aktionären mit einer Beteiligung von 250.000 DM ausgeübt werden. Dies wäre auch richtig, weil sie das Vermögen von 250.000 DM - das in Höhe von 230.000 DM in Aktien der Aktiengesellschaft B und in Höhe von 20.000 DM in sonstigen Werten angelegt ist - aufgebracht haben.

In der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft B würde die Aktiengesellschaft A mit ihrer Beteiligung von 980.000 DM kein Stimmrecht haben. Das Stimmrecht würde allein von den freien Aktionären mit einer Beteiligung von 20.000 DM ausgeübt. Diese hätten aber nur der Aktiengesellschaft B an Werten 20.000 DM zugeführt, die restlichen 230.000 DM stammten allein von der Aktiengesellschaft A, wenn man wiederum eine gleichhohe wechselseitige Beteiligung von 750.000 DM abzieht. Trotz dieser Tatsache blieb der Aktiengesellschaft A auch das Stimmrecht für diese 230.000 DM Aktien an der Aktiengesellschaft B verwehrt.

Dies ist sicher keine sinnvolle Lösung. Eine andere Wahl als zwischen völligem Ausschluß des Stimmrechts gemäß § 114 Abs. 6 AktG oder keiner Beschränkung des Stimmrechts besteht aber nach geltendem Recht nicht. Rasch<sup>300)</sup> erklärt die Sinnwidrigkeit der Lösung dieses Beispiels mit der Sinnwidrigkeit der wechselseitigen Beteiligung an sich. Diese wird man aber, wenn man an der Eigenständigkeit und Rechtspersönlichkeit von Kapitalgesellschaften festhält, nicht vermeiden können, ebensowenig wie die "Sinnwidrigkeit" des Erwerbs eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft.

Wenn auch nach dem geltenden Recht Verwaltungsstimmen unerwünscht sind, und diese durch das Aktiengesetz abgeschafft werden sollten,<sup>301)</sup> so geht es m.A. nach zu weit, aus dem allgemeinen Grundsatz, nach dem Verwaltungsstimmen rechtlich mißbilligt werden und diese nur über eine Konstruktion der gegenseitigen Abhängigkeit bei gegenseitiger Verflechtung ausgeschaltet werden können, die Ansicht herzuleiten, daß wechselseitig aneinander beteiligte Unternehmen voneinander abhängig seien.<sup>302)</sup>

Es ist das Verdienst Boesebecks, klargestellt zu haben, daß das Problem der wechselseitigen Beteiligung auch die Frage der Rückgewähr von Einlagen enthalte.<sup>303)</sup> Das Verbot der Einlagenrückgewähr an die Aktionäre gibt der § 52 AktG wieder; es findet eine weitere Ausprägung in § 65 AktG.

Zu dem Begriff der Einlage, die nicht zurückgewährt werden darf, wurde bereits früher Stellung genommen.<sup>304)</sup> Zusammenfassend sei hier nochmals ausgeführt, daß unter Einlage jede Zahlung zu verstehen ist, die der Aktionär in seiner Stellung als Gesellschafter der Aktiengesell-

---

300) Rasch, Konzernrecht S. 116 Anm. 256

301) Würdinger, Aktienrecht S. 54 und Anm. 264

302) Würdinger, Aktienrecht S. 215

303) Boesebeck in Verflechtung

304) siehe oben S. 10 ff.

schaft an diese leistet, damit sie Teil des Gesellschaftsvermögens werde. Wenn die Rückgewähr der Einlage verboten ist, so kann damit nicht die ursprüngliche Einlage gemeint sein, sondern nur der Umfang der Einlage, den sie im Lauf des Geschäftsbetriebs erlangt hat. Verboten ist also die Rückgewähr der Einlage in ihrem jeweiligen Umfang und dies selbst dann, wenn die Rückgewähr nicht zu Lasten des Grundkapitals, sondern aus dem Reingewinn vorgenommen werden könnte.

Durch die wechselseitige Beteiligung erfolgt eine mittelbare Einlagenrückgewähr. Dies ergibt sich aus einem Beispiel:

Wenn die Gesellschaft A von der Gesellschaft B und umgekehrt jeweils 40 % der Aktien besitzt, gehören jeder Gesellschaft am Gesamtvermögen der jeweils anderen Gesellschaft 40 v.H. In diesem Gesamtvermögen ist aber auch die Beteiligung der anderen Gesellschaft (z.B. der Gesellschaft B an A) enthalten. Von dieser Beteiligung an der Gesellschaft A stehen rein rechnerisch gesehen der Gesellschaft A also ebenfalls wieder 40 %, d.h. wirtschaftlich also 16 % (des eigenen Grundkapitals) zu.

Bezüglich dieser 16 % des Kapitals der Gesellschaft A ergibt sich damit der gleiche Zustand, als ob die Gesellschaft A eigene Aktien in dieser Höhe gekauft hätte. Sie gewährt an den Verkäufer der Beteiligung an der Gesellschaft A über die Gesellschaft B die entsprechende Einlage zurück. Diese Ausschüttung erfolgt aber nicht unmittelbar, sondern auf dem Umweg über die Gesellschaft B.

Die Rückgewähr der Einlage durch die Aktiengesellschaft selbst ist durch § 52 AktG untersagt. Über die mittelbare Rückgewähr durch einen Dritten sagt § 65 Abs. 5 AktG etwas aus. Dieser soll verhindern, daß die herrschende

Gesellschaft sich einer abhängigen bedient, um Einlagen zurückzugewähren. Die Frage, ob § 52 AktG unmittelbar auf eine Einlagenrückgewähr durch eine abhängige Gesellschaft Anwendung findet, wurde bereits oben verneint.<sup>305)</sup> Lediglich über die Bestimmung des § 65 wird § 52 auch auf die abhängige Gesellschaft ausgedehnt.

Kriterium für die analoge Anwendung des § 52 AktG ist aber, daß die Gesellschaften voneinander abhängig sind. Nur über diesem Weg ist de lege lata eine Ausdehnung der Gültigkeit der Vorschrift zulässig. Bei wechselseitigen Beteiligungen ist für die Anwendung des § 52 jedoch kein Raum, da, wie schon ausgeführt, wechselseitig aneinander beteiligte Gesellschaften nicht voneinander gegenseitig abhängig sind.

Bestehen bleibt jedoch die Tatsache, daß eine mittelbare Rückgewähr der Einlagen durch die wechselseitige Beteiligung stattfindet, das Grundkapital beider Gesellschaften somit durch Effekten substituiert wird.<sup>306)</sup> Im Rahmen dieser Einlagenrückgewähr entsteht ebenfalls kapitalloses Stimmrecht, auch dann, wenn die Verwaltungen sich nicht einig sind, wie unter Ziff. 1). Dieser Tatbestand wurde vom Gesetzgeber jedoch nicht berücksichtigt und kann auch deswegen nicht als verboten angesehen werden, da § 114 Abs. 6 AktG auf die Abhängigkeit abstellt.

Mestmäcker<sup>307)</sup> will aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre die Anwendung von §§ 65 Abs. 5 und 114 Abs. 6 AktG auf wechselseitige Beteiligungen rechtfertigen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz aller Aktionäre ergibt sich aus dem Wesen der Aktiengesellschaft.<sup>308)</sup> Er bedeutet, daß die Aktionäre bei gleichen Voraussetzungen gleich behandelt werden. Gleiche Voraussetzungen sind

---

305) siehe oben S. 34 ff. u. Anm. 117

306) Mestmäcker S. 114; Kropff S. 15; vgl. auch Liefmann S. 299 und Huber S. 420

307) Mestmäcker S. 116

308) siehe oben S. 9

aber nicht gegeben, wenn es sich rechtlich um zwei verschiedene Aktiengesellschaften handelt, da nur im Rahmen zu seinesgleichen der Aktionär Gleichbehandlung durch die Aktiengesellschaft und ihre Organe fordern kann, nicht aber im Verhältnis zu Dritten, etwa zu einer anderen Gesellschaft. Auf den Fall der wechselseitigen Beteiligung bezogen, kann der Aktionär der einen Gesellschaft nicht beanspruchen, daß ihm von der anderen Gesellschaft ebenso wie einem anderen Aktionär seine Aktien abgenommen werden.

Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz kann also nicht hergeleitet werden, daß die §§ 65 und 114 AktG einschlägig sind, sondern diese Bestimmungen dehnen gerade diesen Grundsatz, der sonst im Verhältnis herrschender zu abhängiger Gesellschaft nicht zur Geltung käme, aus. Mestmäcker verkehrt Ursache und Folge.

Für eine Legitimität wechselseitiger Beteiligungen an sich soll sprechen, daß die mit ihnen verbundene Stärkung des Verwaltungseinflusses die Unternehmen vor Überfremdung schütze.<sup>309)</sup> Mit diesem Argument könnte jedoch ein Verstoß gegen zwingende Grundsätze des Aktienrechts nicht gerechtfertigt werden. Die Gesellschaften müßten einer Gefahr der Überfremdung mit anderen Mitteln zu begegnen suchen. Es kann nicht im Ermessen der Unternehmensleitung stehen, zu entscheiden, wann eine Überfremdung zu befürchten ist.<sup>310)</sup> Hierfür bestehen dieselben Bedenken, die gegen die Beibehaltung der Mehrstimmrechtsaktien sprachen.<sup>311)</sup>

Wechselseitige Beteiligungen bilden häufig eine gute Grundlage für eine enge Zusammenarbeit von zwei Unternehmen.<sup>312)</sup> Aus diesem Grund vom Gesetz unerwünschte

---

309) Prölss S. 558 ff.

310) in diesem Sinn Kropff S. 15 und Fischer, Überfremdung S. 556

311) vgl. Hueck § 12 Anm. 2 A

312) "Münchener Lektionen" ZfK S. 118; Liefmann S. 294 ff.

Begleiterscheinungen, wie die Schaffung von Verwaltungsaktien, in Kauf zu nehmen, dürfte zu weit gehen. Derartige wechselseitige Verflechtungen können eine Konzernvergrößerung unterstützen und damit ein marktpolitisch nicht wünschenswertes Übergewicht schaffen helfen. Man wird die Unternehmen auf andere, weniger gefährliche Grundlagen der Zusammenarbeit verweisen müssen.

Dies gilt auch für die Versicherungswirtschaft, für die sich die Berechtigung der wechselseitigen Verflechtung daraus ergeben soll, daß jede Versicherung sich einer bestimmten Versicherungsparte widme, auf die sie durch die Versicherungsaufsicht beschränkt wurde.<sup>313)</sup>

Im Ganzen gesehen lassen die erwähnten Gesichtspunkte die wechselseitigen Beteiligungen mit ihren Wirkungen unerwünscht erscheinen.

De lege lata muß aber aus den auf Seiten 76 ff. behandelten Gründen an der Auffassung der herrschenden Meinung<sup>314)</sup> festgehalten werden, nach der eine rechtlich gleichwertige wechselseitige Beteiligung nicht zur wechselseitigen Abhängigkeit der beteiligten Unternehmen führt.

## 2. Sonstige Arten wechselseitiger Verflechtung

Wie schon früher ausgeführt, geht mit der wechselseitigen Beteiligung meistens eine personelle Verflechtung einher.<sup>315)</sup> Selten wird sie für sich allein auftreten. Diese personelle Verflechtung - im amerikanischen Recht

---

313) Boesebeck, Referentenentwurf S. 16; Kropff S. 16; vgl. auch oben S. 75

314) vgl. Anm. 260

315) vgl. S. 79 und Sachverhalt der Iduna-Entscheidung; Würdinger, Aktienrecht S. 198; Rosendorff S. 21 (mit Beispiel)

"interlocking directorates" genannt<sup>316)</sup> - kann auf mancherlei Art erreicht werden. Sie kann die natürliche Folge der wechselseitigen Verflechtung sein, daß nämlich beide Vorstände sich einigen und die Organe der von ihnen geleiteten Gesellschaften mit bestimmten Personen besetzen. Andererseits können der Besetzung der Posten auch vertragliche Abmachungen vorangehen, etwa dergestalt, daß beiden Gesellschaften eingeräumt wird, Vertreter in den Aufsichtsrat des anderen Unternehmens zu entsenden oder die Aufsichtsräte sich verpflichten, Vertreter der anderen Gesellschaft in den Vorstand zu nehmen.

Hier ist lediglich auf den Gesichtspunkt der Beherrschung abzustellen. Wenn durch persönliche Verflechtungen keine einseitige Abhängigkeit begründet wird, was Tatfrage ist, so sind beide Gesellschaften immer noch gezwungen, sich gegenseitig zu verständigen, d.h., eine Beherrschung durch die andere findet nicht statt. Der Gesichtspunkt der Einlagenrückgewähr kommt in diesem Zusammenhang nicht in Betracht, da er an den Begriff der Beteiligung geknüpft ist.

Obligatorische Abmachungen, die auf Betriebsüberlassung oder Betriebspacht hinauslaufen, sind, wenn sie den ganzen Betrieb erfassen, nur so denkbar, daß die Nutzung des einen Betriebs der anderen Gesellschaft überlassen wird. In der Regel wird darin eine Beherrschung des einen Unternehmens durch das andere liegen.<sup>317)</sup> Soweit sich solche Verträge nur auf Betriebsteile erstrecken, wird kaum die Frage der Abhängigkeit auftauchen; zur Beherrschung ist die Willensbeeinflussung des ganzen (beherrschten) Unternehmens notwendig. Sofern es sich dagegen gerade um die wesentlichen Betriebsabteilungen handelt, gilt wieder dasselbe wie für die Pacht oder Überlassung des ganzen Unternehmens. Da regelmäßig gemäß § 256 AktG die Zustimmung der Hauptversammlung

---

316) Bühler S. 306; Würdinger, Aktienrecht S. 220

317) siehe oben S. 66

mit qualifizierter Mehrheit zu derartigen Vereinbarungen erforderlich ist, ist diese Konstruktion ohne Beteiligung schlecht denkbar. Bei einer wechselseitigen Beteiligung wird durch einen derartigen Vertrag wohl meistens ein einseitiges Abhängigkeitsverhältnis entstehen.

Als Bindungsmittel zwischen zwei Gesellschaften dienen häufig Interessengemeinschaftsverträge, die als lose Teilgemeinschaft bis zur Vollinteressengemeinschaft vorkommen. Häufig erfolgt bei Vollinteressengemeinschaften eine organisatorische Zusammenfassung der beteiligten Unternehmen, da die Vollinteressengemeinschaft mit einer Gewinngemeinschaft zusammenfällt und ohne einheitlichen Einfluß auf alle Unternehmen kaum durchführbar erscheint.<sup>318)</sup> Wenn auch für alle diese Formen die tatsächliche Abgrenzung, ob eine Abhängigkeit im Einzelfall gegeben ist oder nicht, erhebliche Schwierigkeiten bereiten dürfte, läßt sich rechtlich die Lage klar abgrenzen. Sobald eine Gesellschaft ihren Willen der anderen aufzwingen kann, ist sie herrschendes und die andere abhängiges Unternehmen. Kann dies keine der verflochtenen Gesellschaften, so besteht eine wechselseitige Verflechtung mit Gleichberechtigung, also wiederum keine gegenseitige Abhängigkeit,<sup>319)</sup> da logische Voraussetzung dieses Zustandes ist, daß bei einer einheitlichen Leitung jede Gesellschaft so viel Einfluß auf die Leitung bzw. ihre Vertreter in dem führenden Gremium besitzt, um ihre Wünsche zur Geltung zu bringen, so daß sich alle Vertreter über die Geschäftsabwicklung einigen müssen. Wegen der Zustimmung der Hauptversammlung gilt das vorher Gesagte.

Lieferverträge, die, wenn sie mit Kredit, Kontroll- und Aufsichtsrechten verbunden sind, häufig zu einer Beherrschung führen, werden kaum zweiseitig abgeschlossen werden, so daß das Problem der wechselseitigen Verflech-

---

318) siehe oben S. 65 und Haussmann, Unternehmens-Zusammenfassungen S. 129

319) Friedländer S. 151; a.A. wohl Haussmann a.a.O. S. 107

tung nicht auftaucht. An-sonsten würde sich der Fall danach beurteilen, ob einem Unternehmen über das andere eine Herrschaftsmacht zusteht.

3.

### Schlußfolgerung

Wenn auch die wechselseitige Verflechtung, insbesondere durch wechselseitige Kapitalbeteiligung, nicht zu einer wechselseitigen Abhängigkeit nach dem geltenden Recht führt, bringt sie doch eine Verschiebung des Kräftespiels zwischen der Verwaltung und den Aktionären mit sich. Unter der Geltung des Aktiengesetzes wird man sich mit diesem Ergebnis abfinden müssen. Das Gesetz stellte die Bestimmungen, in denen es sich mit den Auswirkungen der abhängigen Gesellschaft befaßt (vornehmlich §§ 51 Abs. 2, 65 Abs. 5, 114 Abs. 6 AktG), auf Verhinderung von Mißbräuchen ab. Weitere Gesichtspunkte sind unmittelbar nicht berücksichtigt worden. Dies gilt insbesondere für die mittelbare Einlagenrückgewähr und die damit verbundenen kapitallosen Stimmrechte.

Auf diese Weise werden wechselseitige Verflechtungen von Tochterunternehmen ermöglicht, die auf Weisung der Obergesellschaft geschehen. Im Konzernwesen wäre dies ein probates Mittel, mit einem gewissen Kapitalbetrag die Kapitalien zweier abhängiger Gesellschaften zu erhöhen, wobei dieser Betrag mehrmals zwischen den Gesellschaften hin und her wandern und immer wieder zur Kapitalerhöhung dienen könnte.<sup>320)</sup> Die jeweils ausgegebenen Aktien würde das andere Unternehmen übernehmen. Wären dann beide Untergesellschaften aneinander mit ca. 90 % beteiligt, könnte die Obergesellschaft mit ihrer Beteiligung an beiden Unternehmen mit 10 %, d.h., auch mit einem dieser Beteiligung entsprechenden Kapitalaufwand, beide Untergesellschaften beherrschen.

Die Befriedigung der Gläubiger beider Untergesellschaften ist ebenfalls in Frage gestellt, wenngleich das

---

320) Kropff S. 15

krasse Beispiel von Boesebeck<sup>321)</sup> konstruiert ist, nach dem die Obergesellschaft die beiden Untergesellschaften anweist, ihr die hundertprozentigen Beteiligungen an den zwei Untergesellschaften abzukaufen, und zwar derart, daß eine Untergesellschaft die Beteiligung an der anderen Untergesellschaft übernimmt und umgekehrt. Beide Gesellschaften besitzen unter der Voraussetzung, daß ihr vorhandenes Reinvermögen dem Grundkapital entspricht, zusammen "keinen roten Heller". Der Fall zeigt die extremen Auswüchse der jetzigen Regelung der wechselseitigen Beteiligung. In der Praxis dürfte dieser Tatbestand allerdings kaum vorkommen, schon deswegen nicht, weil in der Regel die Gesellschaften heute erhebliche Rücklagen und große stille Reserven angeschafft haben, was letztlich mit der Besteuerung von sog. Freiaktien zusammenhängt. Hier bliebe nach Abzug der beiden Grundkapitalien, die durch ihre gegenseitige Verflechtung ins Leere fallen, und Neubewertung des übrigen Vermögens ein Überschuß, der zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung stünde.

Die in dieser Möglichkeit der gegenseitigen Einlagenrückgewähr liegende erhebliche Gefahr darf nicht übersehen werden. Zu erörtern, ob die Gesellschaft, die die Verschachtelung der Tochterunternehmen veranlaßt hat, über § 826 BGB belangt werden könnte, übersteigt den Rahmen dieser Arbeit.

Festzuhalten ist bei der Betrachtung dieser, sich aus der rechtlich gleichwertigen wechselseitigen Verflechtung ergebenden Mißstände, daß die wechselseitigen Beteiligungen in der Praxis eine verhältnismäßig untergeordnete Rolle spielen dürften, da in der überwiegenden Anzahl der Fälle keine gleichwertige wechselseitige Verflechtung zwischen zwei Unternehmen bestehen dürfte, sondern in Wirklichkeit eine einseitig beherrschte Verflechtung. Hierfür kommen, wie oben ausgeführt, die Bestimmungen für herrschende und abhängige Unternehmen zur Anwendung, die die geschilderten

---

321) Boesebeck, Verflechtung S. 767

Mißbräuche von vornherein unmöglich machen.

Das Bundesjustizministerium hat in seinem Entwurf vom Oktober 1958 <sup>322)</sup> für ein Aktiengesetz in E § 18 Abs. 3 auch die rechtlich gleichwertige wechselseitige Beteiligung berücksichtigt. Das Gesetz soll bestimmen, daß beide wechselseitig aneinander beteiligten Unternehmen als herrschende und zugleich als abhängige gelten, mit der notwendigen Folge, daß die Vorschriften über die herrschenden und abhängigen Unternehmen einschlägig sind und mißbräuchlichen Auswüchsen vorgebeugt wird. M.E. ist eine solche Bestimmung erwünscht <sup>323)</sup> und sie sollte nicht mit der Erwägung bekämpft werden, es seien auf diesem Gebiete noch keine Mißstände aufgetreten. <sup>324)</sup> Eine der vornehmsten Aufgaben des Gesetzgebers ist es, den einzelnen vor Machtmißbrauch soweit als möglich vorbeugend zu schützen.

---

322) Referentenentwurf eines Aktiengesetzes. Jedoch dürfte die vorgesehene gesetzliche Regelung zu eng sein, da Abs. 3 von E § 18 verlangt, daß beiden Gesellschaften die Mehrheit der Aktien der anderen Gesellschaft gehören. Vgl. Kropff S. 17

323) so auch Kropff S. 16

324) vgl. oben S. 1

## A n h a n g

### Übersicht über wechselseitige Beteiligungen in der deutschen Wirtschaft

Die Zusammenstellung gibt wechselseitige Beteiligungen wieder. Sie gliedert sich nach den sich aus den Beteiligungen ergebenden Zusammenhängen. Im Einzelfall konnte nicht überprüft werden, inwieweit eine echte wechselseitige Verflechtung oder eine in Wirklichkeit einseitig herrschende wechselseitige Beteiligung vorliegt. Zum Teil dürfte diese Unterscheidung aus der geringeren Beteiligung der einen Gesellschaft im Verhältnis zu der Beteiligung des anderen Unternehmens hervorgehen. Der Vermerk des jeweiligen Grund- bzw. Stammkapitals und der Bilanzsumme, im allgemeinen für das Jahr 1957 (in Mill. DM),<sup>1)</sup> sollen die Beurteilung der Größe des einzelnen Unternehmens ermöglichen.

---

1) Abweichungen sind kenntlich gemacht



Gruppe I (Versi

| Lfd.<br>Nr. | Gesellschaft                                                                     | Grund- bzw.<br>Stammkapital<br>(in Mill.DM) | Bilanzsumme<br>(in Mill.DM) | bet |
|-------------|----------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------|-----------------------------|-----|
| 1           | Aachener Rückversicherungs-Gesellschaft, Aachen                                  | 2,5                                         | 58,0                        |     |
| 2           | Aachener-Münchener Feuer-Versicherungs-Gesellschaft, Aachen (vgl.Nr.1)           | 9,0                                         | 103,0                       |     |
| 3           | Colonia Kölnische Versicherungs Aktien-Gesellschaft, Köln (vgl.Nr.2)             | 4,8                                         | 98,54                       |     |
| 4           | "NATIONAL" Allgemeine Versicherungs-Aktiengesellschaft, Lübeck(vgl.Nr.3)         | 3,7                                         | 55,9                        |     |
| 5           | Gladbacher Feuerversicherungs-Aktien-Gesellschaft, Mönchen-Gladbach (vgl. Nr. 2) | 2,1                                         | 25,6                        | ca. |
| 6           | Agrippina See-, Fluß- und Landtransport-Versicherungs-Gesellschaft, Köln         | 3,6                                         | 63,8<br>(1956)              |     |

- 1) Quellen, soweit nichts angegeben: Bayerische Hypotheken- und Wechsel-Bank, Wegwe  
2) Ringbeteiligung

herungen) <sup>1)</sup>

| Anteil<br>% | an Gesellschaft                                                                                                               | Grund- bzw.<br>Stammkapital<br>(in Mill. DM) | Bilanzsumme<br>(in Mill. DM) | wechselseitig<br>beteiligt<br>mit % |
|-------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------|------------------------------|-------------------------------------|
|             | Aachener-Münchener Feuer-Versicherungs-Gesellschaft, Aachen                                                                   | 9,0                                          | 103,0                        | 25                                  |
|             | Volkshilfe Lebensversicherungs-AG                                                                                             | 2,0                                          |                              | 5,4                                 |
|             | Colonia Kölnische Versicherungs-Aktiengesellschaft, Köln                                                                      | 4,8                                          | 98,54                        | 5                                   |
|             | Gladbacher Feuerversicherungs-Aktien-Gesellschaft, Mönchen-Gladbach                                                           | 2,1                                          | 25,6                         | ca. 5                               |
|             | Rückversicherungs-AG Colonia, Köln mit Beteiligung an "NATIONAL" Allgemeine Versicherungs-Aktien-Gesellschaft, Lübeck zu 25 % | 2,1<br>3,7                                   | 55,9                         | 25<br>13 <sup>2)</sup>              |
|             | Stettiner Rückversicherungs-Aktien-Gesellschaft, Lübeck                                                                       | 1,0                                          | 5,3                          | ca. 14                              |
|             | Gladbacher Rückversicherungs-Aktien-Gesellschaft, Mönchen-Gladbach                                                            | 1,0                                          | 7,6                          | ca. 7                               |
|             | Kölner Lloyd Allgemeine Versicherungs-Aktien-Gesellschaft, Köln                                                               | 1,2                                          | 17,2<br>(1956)               | 25                                  |

er durch Deutsche Aktiengesellschaften; Commerzbank-AG, Wer gehört zu wem?

| Lfd.<br>Nr. | Gesellschaft                                                        | Grund- bzw.<br>Stammkapital<br><br>(in Mill.DM) | Bilanzsumme<br><br>(in Mill.DM) | bete<br><br>mi |
|-------------|---------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------|---------------------------------|----------------|
| 7           | Württembergische Feuerversicherung<br>Aktiengesellschaft, Stuttgart | 4,0                                             | 66,3                            | 1              |
| 8           | Magdeburger Feuerversicherungs-<br>Gesellschaft, Hannover           | 3,5                                             | 55,83                           | ca.8           |
| 9           | Mannheimer Versicherungsgesell-<br>schaft, Mannheim                 | 1,6                                             | 55,2                            | 9              |
| 10          | Allianz Versicherungs-Aktien-<br>gesellschaft, Berlin - München     | 35,2                                            | 697,7                           | 3              |

3) vgl. zu dieser wechselseitigen Beteiligung S. 72

| ligt<br>% | an Gesellschaft                                                                | Grund- bzw.<br>Stammkapital<br>(in Mill.DM) | Bilanzsumme<br>(in Mill.DM) | wechsel-<br>seitig<br>beteiligt<br>mit % |
|-----------|--------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------|-----------------------------|------------------------------------------|
|           | Berlinische Feuer-Versiche-<br>rungs-Anstalt, Berlin -<br>München              | 3,15                                        | 40,9                        | 15                                       |
|           | Allgemeine Rentenanstalt<br>Lebens- und Rentenversiche-<br>rungs-AG, Stuttgart | 1,0                                         | 124,3                       | 13                                       |
|           | Magdeburger Rückversicherungs-<br>Actien-Gesellschaft, Frank-<br>furt/Main     | 2,2                                         | 38,4                        | ca.15                                    |
|           | Mannheimer Lebensversicherungs-<br>Gesellschaft AG, Mannheim                   | 1,0                                         | 35,0<br>(1956)              | 10                                       |
|           | Münchener Rückversicherungs-<br>Gesellschaft, München                          | 31,0                                        | 638,3                       | 30 3)                                    |

Gruppe II (Industrie)

| Lfd.<br>Nr. | Gesellschaft                                                                                            | Grund- bzw.<br>Stammkapital<br><br>(in Mill.DM) | Bilanzsumme<br><br>(in Mill.DM) | bete<br><br>mi |
|-------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------|---------------------------------|----------------|
| 11          | Deutsche Steinzeugwarenfabrik für<br>Kanalisation und chemische Industrie,<br>Mannheim - Friedrichsfeld | 8,0                                             | 21,0                            | ca.8           |
| 12          | Kolbermoor-Union AG, Kolbermoor                                                                         | 1,5                                             |                                 | 5              |
| 13          | Franz Haniel & Cie. Duisburg-<br>Ruhrort                                                                | 15,0                                            |                                 | 5              |
| 14          | Preußische Elektrizitäts-AG,<br>Hannover                                                                | 156,0                                           |                                 | 4              |
| 15          | FIAT Automobilaktiengesellschaft,<br>Heilbronn/Neckar                                                   | 10,0                                            |                                 | 6              |
| 16          | Fränkische Energiegesellschaft mbH.,<br>Nürnberg                                                        | 36,0                                            |                                 | 5              |
| 17          | Rheinische Strohzellstoff-Aktien-<br>gesellschaft, Rheindürkheim                                        | 6,0                                             | 27,5                            | 2              |
| 18          | Überlandwerk Oberfranken Aktien-<br>gesellschaft, Bamberg                                               | 8,5                                             | 65,4                            | 2              |

4) vgl. Deutsche Zeitung Nr. 45 vom 8.6.1955

ie unternehmen )

| igt<br>% | an Gesellschaft                                                  | Grund- bzw.<br>Stammkapital<br>(in Mill.DM) | Bilanzsumme<br>(in Mill.DM) | wechsel-<br>seitig<br>beteiligt<br>mit % |
|----------|------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------|-----------------------------|------------------------------------------|
|          | Annawerk Aktiengesellschaft,<br>Oeslau bei Coburg                | 3,1                                         | 18,4                        | 10                                       |
|          | Baumwollspinnerei Kolbermoor,<br>Kolbermoor                      | 4,0                                         | 13,31                       | 50                                       |
|          | Baumwollspinnerei Unterhausen,<br>Unterhausen (Württ.)           | 2,4                                         | 11,08                       | 25                                       |
|          | Beteiligungs-Aktiengesellschaft<br>Ruhrort, Duisburg-Ruhrort     | 5,2                                         |                             | 28 <sup>4)</sup>                         |
|          | Elektrizitäts-Aktiengesell-<br>schaft Mittelddeutschland, Kassel | 42,0                                        |                             | 1,3                                      |
|          | NSU Automobil-Aktiengesell-<br>schaft, Heilbronn/Neckar          | 2,5                                         |                             | 7                                        |
|          | Großkraftwerk Franken AG,<br>Nürnberg                            | 25,0                                        | 231,3                       | 5,6                                      |
|          | Schwäbische Zellstoff Aktien-<br>gesellschaft, Ehingen/Donau     | 8,0                                         | 24,38                       | 25                                       |
| 1        | Fränkische Licht- und Kraft-<br>versorgung Aktiengesellschaft    | 3,0                                         | 13,4                        | 12,4                                     |

| Lfd.<br>Nr. | Gesellschaft                                                   | Grund- bzw.<br>Stammkapital<br><br>(in Mill.DM) | Bilanzsumme<br><br>(in Mill.DM) | bete<br><br>mi |
|-------------|----------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------|---------------------------------|----------------|
| 19          | Westdeutsche Werkzeugmaschinen AG, <sup>5)</sup><br>Düsseldorf | 2,4                                             |                                 | 5              |
| 20          | Gewerkschaft Gute Hoffnung, <sup>7)</sup><br>Düsseldorf        | 4000<br>Kuxe                                    |                                 | ca. 5          |
| 21          | Gewerkschaft Michel <sup>8)</sup>                              | 4000<br>Kuxe                                    |                                 | ca. 5          |

5) Großaktionär: Barton Machinery Ltd. mit 73,5 %

6) Großaktionär: Barton Machinery Ltd. mit 45,5 %

7) Die Gewerkschaft Gute Hoffnung wurde umgewandelt in Gute Hoffnung Bergbau AG, Düsseldorf. Beide Gesellschaften erwarben eigene Aktien vom Leonhardt Bergbau AG, Düsseldorf. Beide Gesellschaften erwarben eigene Aktien vom der Einziehung und Kapitalherabsetzung. Anschließend erfolgte die Verschmelzung der vom 17.7.1959

8) Nach Umwandlung der Gewerkschaften in Michel Bergbau AG und Vesta Bergbau AG entspr Vgl. Handelsblatt a.a.O.

| iligt<br>t % | an Gesellschaft                            | Grund-bzw.<br>Stammkapital<br>(in Mill.DM) | Bilanzsumme<br>(in Mill.DM) | wechsel-<br>seitig<br>beteiligt<br>mit % |
|--------------|--------------------------------------------|--------------------------------------------|-----------------------------|------------------------------------------|
| 4            | Wotan-Werke GmbH, Düsseldorf <sup>6)</sup> | 1,1                                        |                             | 22,6                                     |
| 5            | Gewerkschaft Leonhardt,<br>Düsseldorf      | 4000<br>Kuxe                               |                             | ca.55                                    |
| 5            | Gewerkschaft Vesta                         | 4000<br>Kuxe                               |                             | ca.55                                    |

eldorf, die Gewerkschaft Leonhardt in  
jeweiligen anderen Unternehmen zum Zwecke  
r Unternehmen. Vgl. Handelsblatt Nr. 110

rechende Durchführung wie Anm. 7.

## L e b e n s l a u f

Ich, Dietrich Voran, wurde am 13. Februar 1934 in München als Sohn des Bankkaufmanns Hans Voran und seiner Ehefrau Emma, geb. Diem geboren. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule trat ich 1944 in die Oberrealschule ein. An der Luitpold-Oberrealschule in München legte ich im Juli 1953 die Reifeprüfung ab. Im Winter-Semester 1953/54 nahm ich das Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität in München auf. Der ersten juristischen Staatsprüfung 1957/I unterzog ich mich mit gutem Erfolg. Seit September 1957 befinde ich mich als Rechtsreferendar im Vorbereitungsdienst für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst in München.





